

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MANUELA PEREIRA GALVÃO DA SILVA

**PLURALIDADE FAMILIAR E LIBERDADE EXISTENCIAL DE AFETO: ANÁLISE
À LUZ DE UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL DA FAMÍLIA**

CURITIBA

2012

MANUELA PEREIRA GALVÃO DA SILVA

**PLURALIDADE FAMILIAR E LIBERDADE EXISTENCIAL DE AFETO: ANÁLISE
À LUZ DE UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL DA FAMÍLIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção de Graduação no Curso de
Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo
Pianovski Ruzyk

CURITIBA

2012

Dedicatória

Aos meus pais Liliam Mara Pereira e Delfim Galvão da Silva, que, por meio de sua união de mais de vinte anos, me mostraram ser o afeto o verdadeiro amálgama estruturante da família, independentemente da existência de vínculo formal. Ao meu querido avô Zahir Pereira (*in memoriam*).

Agradecimentos

Agradeço ao meu Orientador, Prof. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, pela atenção e pelas sempre esclarecedoras lições. Ao meu querido Maycon Iurassek Dezan, pela paciência, carinho, auxílio e atenção. Aos meus pais, pelo apoio, incentivo e confiança.

RESUMO

A ideia central do presente trabalho, ao enunciar a liberdade existencial de afeto, em sua dimensão positiva, é demonstrar a relevância que a autorregulamentação dos próprios interesses possui para o desenvolvimento da personalidade individual, bem como para a concretização da dignidade humana. Para tanto, realiza-se uma análise sistemática da família hodierna com base na atual racionalidade do direito de família, em consideração aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da pluralidade familiar, com a finalidade de apontar a necessidade da compreensão da disciplina jurídica da família de maneira mais flexível e adequada aos valores que informam o ordenamento jurídico. Com base nessas premissas, procura-se demonstrar que o exercício de liberdade positiva pelos membros da família é essencial para que este instituto jurídico promova, efetivamente, a função que lhe é atribuída pela Constituição Federal, enquanto instrumento de realização da felicidade e dignidade das pessoas envolvidas, na medida em que viabilize a escolha da entidade familiar mais adequada às suas aspirações pessoais e, ainda, dos efeitos jurídicos dela decorrentes.

Palavras-chave: Direito. Família. Pluralidade familiar. Afeto. Liberdade existencial positiva.

ABSTRACT

The main proposal of this term paper, when enounces the positive freedom of affection, is to expose the relevancy of the self-regulation of own interests towards the individual personality development and the realization of the human dignity. For this purpose, an systematic analysis of the hodiernal family based on the current rationality of the family law - involving human dignity principles, equality, freedom and plurality of the family forms -, have the aim to point out the need of a new comprehension of the legal regulation of the family, in a way more flexible, adjusted to the values that inform the legal system. Based on this premisses, intend to demonstrate that the exercise of positive freedom by the family members is essential to effectively make this legal institute fulfill the function assigned by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, whilst instrument of happiness and dignity of the involved people, as it makes viably the choice of the family entity more adequate, according to the personal aspiration of its members, so as its legal effects.

Key words: Law. Family. Plurality of family forms. Affection. Positive existential freedom.

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	9
1 A FAMÍLIA À LUZ DE UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-FUNCIONAL	11
1.1 A FAMÍLIA EUROPEIA OITOCENTISTA	12
1.2 A FAMÍLIA BRASILEIRA E SUA DISCIPLINA JURÍDICA – DO PERÍODO COLONIAL AO CONTEMPORÂNEO	17
2 LIBERDADE EXISTENCIAL AFETIVA E A PLURALIDADE FAMILIAR	34
2.1 OS DOIS CONCEITOS DE LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN	39
2.2 LIBERDADE EXISTENCIAL NA ÓTICA DE STUART MILL.	44
2.3 A LIBERDADE SUBSTANCIAL DE AMARTYA SEN E O CONCEITO DE LIBERDADE AFETIVA EXISTENCIAL NA FAMÍLIA	50
3 A FAMÍLIA HODIERNA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	56
3.1 O PRINCÍPIO DA PLURALIDADE FAMILIAR E A DISCIPLINA JURÍDICA DA FAMÍLIA	62
3.2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA FAMÍLIA	69
3.3 LIBERDADE EXISTENCIAL DE AFETO E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO ÂMBITO FAMILIAR.....	79
CONCLUSÃO.....	94
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 implementou notáveis mudanças no âmbito do direito de família brasileiro, principalmente ao estabelecer a tutela jurídica das mais variadas formas de família e, notadamente, assegurar à união estável e à família monoparental o mesmo *status* jurídico de família, antes atribuído apenas ao casamento. Com isso, as entidades familiares deixaram de ser fundamentadas no formalismo matrimonial e passaram a se embasar no afeto existente entre os seus componentes e no seu desejo de manterem-se unidos.

No entanto, mais de vinte anos já se passaram da promulgação da Lei Magna do Estado brasileiro e ainda se percebe um ranço formalista e conservador do antigo Código Civil de 1916, o qual erigiu o casamento como única entidade familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico, ao passo que as famílias extramatrimoniais eram desconsideradas pelo direito, ou seja, constituíam arranjos sociais desprovidos de tutela jurídica efetiva.

Não obstante, atualmente se verificam debates acerca de quais entidades familiares extramatrimoniais seriam passíveis de ensejar efeitos jurídicos.

Neste sentido, parte da doutrina entende que apenas algumas dessas entidades poderiam ser juridicamente tuteladas, mais notadamente as expressamente previstas no texto constitucional, preconizando, assim, a tipificação das entidades familiares, que seriam *numerus clausus*.

Outros, por sua vez, questionam a intervenção estatal sobre as relações privadas, e sustentam a necessidade de se atribuir efeitos às mais diversas formas familiares, desde que se verifique a existência de afeto entre seus integrantes e a sua vontade de estabelecer a comunhão plena de vida, considerando o rol meramente exemplificativo.

Ainda que inexistia consenso, na doutrina e jurisprudência, acerca do tema, hodiernamente se revelam alguns avanços tendentes ao reconhecimento jurídico de entidades familiares extramatrimoniais, para além da união estável e das famílias monoparentais, tais como famílias simultâneas, reconstituídas e anaparentais. Nessa toada, merece especial destaque a recente equiparação da união homoafetiva à união estável, determinada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial atenção ao afeto que estrutura essas novas entidades familiares, por meio da união de seus integrantes, independentemente da existência de um vínculo formal entre eles.

O presente trabalho justifica-se na medida em que se propõe a demonstrar que a liberdade afetiva e a pluralidade familiar são fundamentais para que a família atual se

transforme em um verdadeiro instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, procura-se desenvolver uma análise histórico-funcional da família europeia do período oitocentista e da família brasileira colonial à contemporânea, a fim de investigar a mudança de racionalidade ocorrida nos valores sociais da família, que vieram a influenciar sua disciplina jurídica.

Em seguida, realizar-se-á um breve exame do conceito de liberdade em suas dimensões positiva, negativa e substancial, ponderando sobre a importância do exercício deste direito fundamental também no que diz respeito aos interesses existenciais, principalmente na seara das relações coexistenciais familiares.

Por fim, a partir do raciocínio desenvolvido nos tópicos anteriores, será realizada uma leitura do princípio da pluralidade familiar, no intuito de verificar a possibilidade de utilização deste princípio, conjuntamente com o princípio da liberdade afetiva de constituição de vínculos familiares, na ampliação da potencialidade do instituto jurídico da família em exercer, efetivamente, sua função como instrumento de realização da felicidade pessoal e da dignidade humana.

Cumprido destacar, desde logo, que a liberdade afetiva possui uma importância imensurável para o desenvolvimento de novas entidades familiares e para a realização do princípio da pluralidade familiar, além de estar relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que possibilita a realização pessoal de seus integrantes e o desenvolvimento de sua personalidade a partir da concretização de suas aspirações.

Neste viés, é preciso ressaltar que a liberdade afetiva e demais formas de liberdade são essenciais, não apenas nas relações patrimoniais, mas também no âmbito existencial da família, principalmente quando permitem ao indivíduo escolher a estrutura relacional familiar na qual deseja viver.

Assim, a relevância da análise deste aspecto existencial relacionado ao direito de família se revela com a necessidade de efetivação dos preceitos constitucionais existentes na família contemporânea, vista como um instrumento de realização e desenvolvimento da subjetividade de cada um de seus componentes, e que deve ser valorizada pelo direito independentemente da forma por ela assumida.

1 A FAMÍLIA À LUZ DE UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-FUNCIONAL

Considerando-se a importância das alterações históricas ocorridas no conceito e na estrutura da família no âmbito social – inclusive no que diz respeito aos seus valores –, para a formulação da disciplina jurídica atual deste instituto, faz-se necessário tecer um breve relato do desenvolvimento da família ao longo da história, que permitirá, também, demonstrar a crescente importância do afeto e da liberdade existencial nessa esfera privada.

Michelle Perrot, em seu conhecido artigo *O nó e o ninho*¹, retrata com clareza e simplicidade as transformações dessa microestrutura social, que se denomina família, ao longo do tempo. Segundo a historiadora francesa, a família hodierna contém muito pouco das características que antes a definiam, o que não significa, entretanto, que tenha perdido o seu valor.

Neste sentido, ainda que a família atual se distinga marcadamente dos modelos familiares que a antecederam, principalmente porque possui um caráter muito mais ligado à afetividade e à liberdade do que jamais tivera, manteve alguns elementos estruturantes comuns, que permitem identificá-la.

A família é um fenômeno inerente à própria noção de humanidade e é, portanto, estável no tempo, o que não significa dizer que está engessada em um modelo imutável, pois, assim como toda e qualquer estrutura social, ela está sujeita às mudanças culturais, sociais e históricas que ocorrem no contexto no qual se insere e que alteram profundamente as suas características².

Essas mudanças possuem uma importância impactante não apenas na forma e na estrutura assumida pelas entidades familiares ao longo dos tempos, como também em sua função em relação à sociedade e aos indivíduos que a integram, o que acaba por influenciar a própria disciplina jurídica da família³.

Por este motivo, uma análise, ainda que breve, das transformações ocorridas na família brasileira, parece fundamental para que se esclareça a crescente importância do afeto na constituição de uma relação familiar, em detrimento do vínculo formal, cuja relevância, gradativamente, está sendo relativizada.

¹ PERROT, Michele. O nó e o ninho. In: **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993, p.75-81.

² TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 371-372.

³ *Id.*

Outrossim, não se pode olvidar que o desenvolvimento histórico da família, no plano social, também se revela útil para demonstrar a flexibilização do direito de família propriamente dito, que lentamente passou a admitir, ainda que com algumas ressalvas, o exercício da liberdade pelas pessoas na seara familiar, principalmente com relação à constituição e à manutenção de suas relações conjugais.

Interessante mencionar, desde logo, que a família sempre se mostrou plural na realidade fática – a multiplicidade das entidades familiares é um fator empírico que sempre pôde ser verificado na sociedade, o que significa que, em nenhum momento da história, houve uma estrutura única de família ⁴. Contudo, durante muito tempo, essa diversidade fática deixou de ser reconhecida pelo direito, que buscava estabelecer o modelo legítimo de família de acordo com os interesses dominantes, ainda que ele não fosse o predominante no âmbito da realidade social ⁵, conforme se verá neste breve relato histórico.

De todo o modo, no intuito de limitar a abrangência desta análise histórica ao que é pertinente ao objeto do presente trabalho, apenas serão objetos de exame o modelo oitocentista da família europeia, que serviu de paradigma para a família consagrada pelo direito moderno brasileiro, bem como a evolução da família tipicamente brasileira, do período colonial ao contemporâneo.

1.1 FAMÍLIA EUROPEIA OITOCENTISTA

A análise específica da família europeia tem relevância em razão da forte influência que exerceu não apenas sobre o modelo social da família brasileira – considerando-se os valores trazidos com a colonização portuguesa, em um primeiro momento –, mas, principalmente, sobre a sua regulamentação jurídica, uma vez que o Código Civil Francês de 1804 foi utilizado como paradigma para a elaboração do Código Civil Brasileiro de 1916 ⁶, o que implicou em diversas similaridades entre a disciplina jurídica da família brasileira e a europeia.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 9-17.

⁵ PERROT, Michelle. A família triunfante. In: _____. (Org). **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**, v. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 93-103.

⁶ Sobre as influências europeias sobre o Código Civil de 1916: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

A família clássica europeia consolidou-se no século XIX como um modelo que atendia, primordialmente, aos interesses da sociedade burguesa, com extrema prevalência dos valores patrimoniais sobre os existenciais e a unicidade da família legítima, centrada no ato formal do casamento ⁷.

Essa vinculação aos valores burgueses foi cristalizada pelo *Code Francês* de 1804, que visava atender aos anseios do ideal liberal-conservador da época, ao mesmo tempo em que revelava influências do direito canônico ⁸ e do direito romano ⁹.

Deve-se dizer, ainda, que o conceito de família, assim como o de todos os institutos jurídicos, foi marcado pela ideologia criada no período oitocentista, pela doutrina europeia francesa e alemã. Neste sentido, possuem grande importância a modernidade jurídica e suas grandes codificações, que foram bastante influenciadas pelas doutrinas do positivismo jurídico, voluntarismo, individualismo, e racionalismo, além de serem marcadas pela centralização do poder e do direito na figura do Estado ¹⁰.

As codificações ainda apresentavam a pretensão de cientificidade, universalidade e neutralidade, revelando valores que, de maneira negativa, afastaram o direito da realidade, tornando-o abstrato e estritamente legalista ¹¹.

Isso repercutiu no direito de família oitocentista, fixando o conceito de família enquanto um instituto autônomo e abstrato, com expressa e rígida previsão normativa de sua disciplina jurídica, o que o deslocou da realidade empírica. Na realidade, não havia, nesse momento histórico, uma preocupação com as questões existenciais relacionadas aos membros da família e com a aproximação do direito com a realidade da vida, pois a sua função era eminentemente direcionada à manutenção da ordem social e à proteção do patrimônio.

A unidade familiar, neste período histórico, era entendida como uma verdadeira instituição social, cujas funções eram direcionadas ao atendimento dos interesses da sociedade dominante, e, portanto, destinavam-se à estabilização social e normalização de condutas, por meio da regulamentação da transmissão do patrimônio, da formação dos cidadãos e, inclusive,

⁷ PERROT, Michelle. Funções da família. In: _____. (Org.). **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra** – v. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 105-119.

⁸ Do direito canônico herdou-se a unicidade da família centrada no matrimônio, entendido enquanto um sacramento, a indissolubilidade do vínculo conjugal, a discriminação entre filhos legítimos, ilegítimos, adulterinos e espúrios, e os impedimentos matrimoniais. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 163-164.

⁹ Alguns dos aspectos advindos do direito romano são a estrutura patriarcal, o pátrio poder, o parentesco por afinidade, as formas de dissolução do vínculo conjugal, a incapacidade da mulher e dos filhos diante do pai de família e, ainda, a proibição do incesto. *Id.*

¹⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

¹¹ *Id.*

da produção econômica – neste sentido, a família estava sujeita à intervenção do Estado para que cumprisse o seu papel adequadamente ¹².

No que diz respeito ao aspecto econômico, a família atuava como uma verdadeira unidade da produção e fonte de mão de obra, além disso, até a Revolução Industrial, havia uma confusão entre o lar e o espaço de trabalho, no qual todos os membros, mulheres, adultos, e crianças, trabalhavam, indistintamente, para a manutenção da subsistência da família ¹³.

Observe-se que, neste período, o afeto se subordinava aos interesses patrimoniais e à finalidade de manutenção do *status quo*, assumindo uma posição secundária na constituição da família, por isso, não era considerado pela regulamentação jurídica então vigente.

Com relação a sua estrutura, a família era notadamente patriarcal e tinha o homem (marido) como seu representante e autoridade máxima, a quem incumbia definir quais eram os interesses comuns, independentemente da opinião ou das aspirações dos demais componentes (mulher e filhos), os quais eram vistos como meros subordinados ¹⁴. Tal autoridade era entendida como necessária à manutenção da ordem e da unidade familiar, atendendo, assim, às demandas do sistema social.

Além disso, a família era hierarquicamente organizada, com a rígida atribuição de papéis e funções a cada um dos membros, ao homem incumbia proteger a família e chefiá-la, bem como prover o sustento do lar, ao passo que a mulher deveria se sujeitar à autoridade do marido, criar e educar os filhos e realizar as tarefas domésticas ¹⁵.

Conforme se pode verificar, a família se sobrepunha aos interesses de seus membros, às suas aspirações pessoais, e até mesmo ao afeto, e existia tão somente para realizar os interesses sociais, sofrendo ampla regulamentação pelo Estado e interferência dos valores morais da sociedade.

No que concerne à sua função ¹⁶, a família oitocentista europeia primava pelas alianças sociais e interesses patrimoniais, a dimensão existencial da família era completamente renegada, pois a unidade familiar possuía uma função destinada exclusivamente a reproduzir e preservar a moral tradicional, com o objetivo de promover a manutenção da ordem social e dos bons costumes.

¹² PERROT, Michelle. Funções da família. *Op. cit.* (2010), p. 104-119.

¹³ *Id.*

¹⁴ PERROT, Michelle. Figuras e papéis. In: _____. (Org.). **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra** – v. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 121-185.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ No que diz respeito às funções da família, cf.: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 43-46.

Pouco importavam, portanto, as aspirações individuais e os anseios dos componentes da unidade familiar, que eram completamente ignorados pelo direito, pois a família era valorizada em si mesma¹⁷, enquanto uma totalidade abstratamente considerada, o que acabava se refletindo em sua disciplina jurídica.

Observa-se, assim, que a família do século XIX, ao mesmo tempo em que se mostrava como *locus* da vida privada, por excelência, trazia consigo excessiva formalidade e rigidez estrutural, em razão da disciplina e do controle que o Estado lhe impingia, eliminando qualquer espaço de liberdade das pessoas envolvidas no estabelecimento de um plano de comunhão de vida adaptado às suas aspirações pessoais.

Com efeito, a liberdade na seara da família sofria muito mais limitações do que nos demais ramos do direito privado. Isso porque, em razão dos próprios valores sociais então vigentes, a sua regulamentação jurídica era fundamentada nos limites impostos pela ordem pública e bons costumes¹⁸.

Em outras palavras, enquanto no âmbito contratual e patrimonial vigorava plenamente a autonomia da vontade, viabilizando aos sujeitos de direito a disposição de seus próprios interesses, a liberdade praticamente inexistia nas relações familiares, esfera em que o controle do Estado se revelava fortemente¹⁹.

Deve-se dizer que nem mesmo a liberdade formal era garantida no âmbito das relações familiares da época, uma vez que não havia alternativas disponíveis à escolha, a única opção juridicamente reconhecida era o casamento, compreendido como um contrato por meio do qual se adquiria a propriedade, como se o único interesse ali envolvido fosse, efetivamente, o patrimonial²⁰. Por conseguinte, não se verificava a preocupação do direito com o plano existencial da família, nem mesmo com relação aos interesses das crianças e dos adolescentes.

A propósito, de acordo com a racionalidade da época, a família seguia a lógica de uma relação patrimonial, cuja preocupação restringia-se à propriedade, tanto no que diz respeito ao regime de bens, como à transmissão sucessória do legado, que apenas poderia beneficiar os herdeiros legítimos.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5201>>. Acesso em: 23 jul. 2011.

¹⁸ A força da moral e dos bons costumes é bastante evidenciada na disciplina jurídica da família estabelecida pelo Código Civil Francês de 1804.

¹⁹ Cf. GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

²⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Essa preocupação com o patrimônio e com a segurança jurídica a ele relacionada foi consolidada com a própria unicidade do modelo familiar, sempre fundamentado no matrimônio, com a intolerância, pelo direito, a todas as entidades familiares que não fossem constituídas pelo vínculo formal.

A ausência de liberdade se revelava também na impossibilidade da dissolução do vínculo conjugal. Tanto era assim que, na França, o Código Civil de 1804 estabeleceu a possibilidade de divórcio apenas em hipóteses pontuais e relacionadas à ideia de culpa ²¹.

Observa-se, portanto, que o vínculo conjugal deveria ser mantido, independentemente da vontade dos cônjuges insatisfeitos ²², ainda que a conservação do matrimônio fosse completamente artificial e resultasse em uma relação conjugal de mera aparência.

Essa racionalidade, como se pode verificar, revela um direito de família rígido, direcionado antes aos interesses da sociedade do que das pessoas envolvidas na relação familiar, pelo que não se coaduna com o exercício de liberdade, pelas pessoas, na formação do vínculo familiar conjugal. Conforme observado, nem mesmo a liberdade formal era assegurada, pois as pessoas que pretendiam formar uma família, juridicamente protegida, apenas poderiam escolher o vínculo formal do casamento.

De todo o modo, o direcionamento da disciplina jurídica da família, na forma pela qual se revelava, acompanhava a lógica do ordenamento jurídico como um todo, para o qual o valor mais importante a ser resguardado era o patrimônio, e não a dignidade humana, por isso, priorizava-se a segurança jurídica das relações familiares matrimoniais, a despeito da existência fática de um sem número de famílias, fundadas no afeto, que eram completamente ignoradas e excluídas do âmbito de proteção do direito.

Esse paradigma de família, típico da modernidade europeia e consagrado pelo *Code* de 1804, foi utilizado como modelo por diversos países do ocidente em suas codificações. No Brasil, isso se refletiu no Código Civil de 1916, que foi profundamente influenciado por esse conceito de família, ainda que com algumas especificidades, conforme se verá a seguir.

²¹ A ruptura matrimonial objetiva não era admitida, pois, de acordo com a racionalidade então vigente, implicava em ofensa à moral e à natureza. Surpreendentemente, o *Code* foi considerado, pela sociedade burguesa típica do século XIX demasiado liberal, por ter admitido o divórcio e limitado o “pátrio poder”, o que foi um avanço em relação ao entendimento de família do Antigo Regime. *Id.*, *Ibidem*, p. 87, 132, 160.

²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 52-54.

1.2 A FAMÍLIA BRASILEIRA E SUA DISCIPLINA JURÍDICA – DO PERÍODO COLONIAL AO CONTEMPORÂNEO

Conforme foi possível observar no tópico anterior, a racionalidade da família ocidental, de modo geral, era vinculada aos interesses da sociedade dominante ²³, com o estabelecimento de uma disciplina jurídica rígida que afastava a possibilidade de exercício, pelos integrantes da família, da liberdade afetiva de constituição de vínculo familiar, em consideração aos seus próprios interesses, pois o que importava era a garantia da estabilidade social e do patrimônio.

Essa rigidez normativa e a intolerância com relação aos modelos diferenciados de família também se repetiram na disciplina jurídica da família estabelecida pelo Código Civil de 1916 ²⁴, implicando na marginalização das famílias extramatrimoniais, ainda que fundadas no amor, afeto, carinho, assistência mútua, solidariedade, colaboração e respeito.

O modelo brasileiro de família, positivado pelo Código Civil de 1916, embora bastante influenciado pelo modelo jurídico da família nuclear europeia – consagrada pelo *Code* de 1804 –, apresentava características específicas, em decorrência da própria formação histórica da família colonial das elites brasileiras do século XVIII e meados do século XIX.

Houve, portanto, a criação de um modelo tipicamente brasileiro, em conformidade com a realidade e valores historicamente construídos durante o período colonial, com traços de uma família extensa ²⁵, matrimonial, patriarcal ²⁶, hierárquica ²⁷, transpessoal ²⁸, e endogenamente monogâmica.

²³ PERROT, Michelle. A família triunfante. In: PERROT, Michelle (org). *Ob. Cit.* (2010), p. 93-103.

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Ob. cit.*, p. 38.

²⁵ “*Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na península ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações, e não somente os escravos como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do ‘pater familias’*”. Logo em seguida, o autor retrata a autoridade do homem e o caráter hierárquico e transpessoal da família: “[...] mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca [...]”. HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 81.

²⁶ Segundo Sérgio Buarque de Holanda, o patriarcalismo e o personalismo foram fixados na sociedade brasileira por uma tradição de origens seculares, de modo que “[...] famílias de estilo patriarcal, onde os vínculos biológicos e afetivos que unem ao chefe os descendentes, colaterais e afins, além da famulagem e dos agregados de toda a sorte, hão de preponderar sobre as demais considerações. [...] Formam, assim, como um todo indivisível, cujos membros associados uns aos outros, por sentimentos e deveres, nunca por interesses e ideias”. *Id.*, *ibidem*, p. 79.

²⁷ Até o ano de 1962, com a Lei n. 4.121, ao marido era atribuída a chefia da família e a administração do patrimônio, inclusive o pertencente à mulher, bem como direcionava o exercício do então denominado pátrio poder e a tomada das decisões sobre a vida em família. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Ob. cit.* (2005), p. 123.

²⁸ Houve, no passado, quem entendesse que, por sua concepção transpessoal, o direito de família deveria ser apartado do direito privado e considerado um ramo próprio do direito público, considerando o conteúdo ético

As similaridades com o modelo europeu, desde o período colonial, decorreram da própria colonização portuguesa e da vigência, por longo lapso temporal, das Ordenações do Reino em território brasileiro. As diferenças, porém, resultaram da própria diversidade étnico-cultural, climática e mesmo territorial que marcaram o contexto histórico-social brasileiro.

A família colonial brasileira era diretamente vinculada à classe detentora do poder econômico e político daquela época, ou seja, a oligarquia açucareira, que originou a denominada família da casa-grande ²⁹.

Observe-se, neste sentido, que a estrutura extensa e patriarcal da família da elite agrária colonial foi incorporada pelo direito por atender precipuamente aos interesses políticos e econômicos desta classe social ³⁰, primando pela segurança jurídica patrimonial, e não pela constituição de vínculos de afeto, à semelhança da família europeia oitocentista.

A unidade familiar era também vista como uma unidade de produção ³¹, o local de convivência familiar era equivalente ao local de trabalho, e o modelo estendido de família atendia aos interesses do modo de produção rural, em que a família tradicional servia mais como fonte de mão de obra do que como lugar de realização do afeto ³² e dos interesses existenciais das pessoas ali envolvidas.

Neste sistema, a família estendida é aquela que abrange mulher, marido, filhos, irmãos, sobrinhos, tios e até mesmo escravos e funcionários livres ³³, e todos os membros dessa família possuem uma função específica, o que significa que devem assumir os deveres e comportamentos que são esperados e impostos pela sociedade.

O autoritarismo na regulamentação jurídica da época não se limitava à família e implicava em injustificável discriminação em relação à mulher ³⁴, conforme se depreende da

da instituição familiar superior aos interesses dos seus membros, enquanto pessoas individualmente consideradas. Cf.: OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990, p. 15.

²⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1961.

³⁰ No seguinte trecho, Sérgio Buarque de Holanda descreve claramente o caráter transpessoal e hierárquico da família colonial brasileira: “O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico [...]. Representando, como já se notou acima, o único setor onde princípio da autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens.” HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 82.

³¹ Cf.: ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando (Coord.) et al. **História da vida privada no Brasil**: cotidiano e vida privada na América portuguesa – v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 142-154.

³² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 24.

³³ *Id. Ibidem*, p. 9-10.

³⁴ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51-57.

incapacidade relativa da mulher casada, do enaltecimento do homem como chefe da relação conjugal, da impossibilidade de reconhecimento de paternidade, pelo homem casado, dos filhos havidos fora do casamento, etc.. Além disso, ainda que socialmente admitidos, no início do período colonial até o século XIX, os relacionamentos extraconjugais do homem na família patriarcal escravocrata, a prática de relações extraconjugais pela mulher era severamente reprimida pela sociedade ³⁵.

A família colonial brasileira era, portanto, relacionada a uma lógica bastante autoritária, hierárquica e patriarcal, e, assim como a família oitocentista europeia, desconsiderava o valor do afeto, bem como os interesses existenciais das pessoas que a compunham.

Esse modelo de família tipicamente colonial perdurou até meados do século XX e, ao longo do Brasil Império, iniciou-se a concepção de família nuclear urbana ³⁶.

Com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, o poder central sofreu um desvio para o Rio de Janeiro, fato que ensejou a transformação política da sociedade brasileira, com a decadência da elite agrária açucareira e, por outro lado, a ascensão da elite rural do café e da elite urbana ³⁷.

Nesse contexto, a família sofreu algumas metamorfoses, sem, contudo, deixar de servir aos interesses da classe dominante, de manutenção da ordem social, conservando-se hierárquica, patriarcal e estritamente matrimonial ³⁸, conforme a família colonial já se apresentava.

Na realidade, a principal característica do modelo familiar em ascensão, neste período, era a estrutura reduzida, formada tão somente por pais e filhos, e a sua inserção no contexto urbano e não mais rural, em que pese a estrutura familiar rural continuar em sua forma estendida. Não se vislumbra, entretanto, qualquer alteração na função da entidade familiar, ou mesmo preocupação com as aspirações e interesses das pessoas envolvidas.

Posteriormente, o Império sucumbiu, diante da ascensão política da burguesia e de seus ideais liberais – sendo de grande relevância para esta derrocada a participação da classe

³⁵ A família legítima era matrimonial e monogâmica. A monogomia existia, porém na sua forma exógena, assim, os relacionamentos extraconjugais, como, por exemplo, com as escravas, não se inseriam no núcleo familiar, mesmo porque elas eram consideradas como objetos. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* (2005), p. 102.

³⁶ Sobre família nuclear, cf. VARELA, Antunes. **Direito de família**. Lisboa: Livraria Petrony, 1987, p.37.

³⁷ SOUZA, Laura de Mello e. In: NOVAIS, Fernando (Coord.) *et al.* **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa** – v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 440-445.

³⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Op. cit.*, p. 120.

média urbana, movida pelos ideais do positivismo e liberalismo republicano –, além da insatisfação com o sistema escravocrata e a necessidade de desenvolvimento econômico ³⁹.

Com efeito, o engrandecimento do sudeste no domínio do poder, bem como a queda do regime escravocrata, com sua substituição pelo trabalhador livre imigrante, implicaram em parcial transformação da sociedade e de seus valores, no entanto, não tiveram o condão de modificar a já muito consolidada perspectiva institucionalista, patriarcal e hierárquica da família brasileira de então.

Toda essa origem histórica, juntamente com a influência dos ideais europeus, que passaram a ser mais divulgados a partir da vinda da Corte portuguesa, foi retratada pela disciplina jurídica da família, positivada, no início do século XX, pelo Código Civil de 1916.

Importante salientar que o modelo de família consagrado pelo diploma normativo de 1916 era patriarcal, hierárquico e transpessoal, no entanto, assumiu a forma nuclear, ainda que possuisse alguns resquícios da família extensa ⁴⁰. Neste sentido, a família dita legítima, que, no século XIX, era extensa – a grande família patriarcal –, em meados do século XX, tornou-se pequena, composta apenas pelo núcleo essencial, ou seja, pelos pais e seus filhos ⁴¹.

Além disso, conforme o paradigma europeu, o regime jurídico incidente sobre as relações familiares era extremamente rígido, exclusivamente fundado no matrimônio e direcionado à manutenção do *status quo*, sem qualquer preocupação com os interesses existenciais das pessoas envolvidas ⁴².

Predominava a autoridade do homem sobre a mulher e os filhos, com rígida atribuição de papéis, denotando o caráter hierárquico e patriarcal da família, direcionado a atender os interesses da classe burguesa em ascensão, sem levar em consideração os aspectos existenciais relacionados à família, no que diz respeito ao vínculo conjugal.

O divórcio, no regramento brasileiro, também era rechaçado por contrariar a natureza. O desquite, por sua vez, era excepcionalmente admitido e apenas dissolia a comunhão de vida e os direitos e deveres conjugais, com a manutenção do vínculo matrimonial, considerado indissolúvel ⁴³.

³⁹ *Id. Ibidem*, p. 124.

⁴⁰ A característica extensa da família refletiu-se na disciplina jurídica positivada pelo Código Civil de 1916 que determinava o parentesco jurídico colateral até o sexto grau, atribuindo-lhe efeitos sucessórios. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* (2005), p. 152-154.

⁴¹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990, p. 9.

⁴² Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: Origem e evolução do casamento** – v. 1. Curitiba: Juruá, 1991.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 279-273.

Assim, a ruptura do vínculo conjugal poderia ocorrer apenas e tão somente com a morte de um dos cônjuges ou com a declaração de nulidade do casamento. Tais regras possuíam a finalidade de estabilizar a instituição familiar, e evitar a sua degradação e desmoralização, porém, desconsideravam completamente os sentimentos das pessoas nela envolvidas.

A presunção de paternidade dos filhos matrimoniais também poderia ser afastada apenas em hipóteses excepcionais e em prazo exíguos, com o mesmo objetivo de garantir a estabilidade da família, principalmente sua integridade moral e social ⁴⁴.

No século XX, sustenta relevante doutrina que o regime jurídico da família foi marcado pelo denominado *privatismo doméstico* ⁴⁵, o que significava que a família era concebida com um espaço essencialmente privado, cumprindo ao homem tomar a sua direção perante o restante da sociedade. No entanto, revelava, concomitantemente, forte contradição com esta ideia de privacidade, pois, ao mesmo tempo em que a família era considerada um espaço íntimo que deveria ser resguardado, sofria ampla regulamentação jurídica por parte do Estado, tendo como característica mais proeminente o patriarcalismo, que modelava todas as relações familiares à forma legalmente prevista.

Em outras palavras, a despeito da família ser considerada um ambiente de típica privacidade, era o instituto do direito civil que mais apresentava a intervenção legal na esfera de liberdade, com a imposição do modelo matrimonial e dos padrões de conduta a serem observados pelos membros da família.

Evidentemente, esse modelo era o que melhor atendia aos interesses da classe social dominante, mas não era o único existente na realidade da vida, pois, do ponto de vista empírico, predominava uma grande diversidade de entidades familiares que prescindiam de casamento, ou vínculo formal, porém, elas eram, por conta disso, destituídas de qualquer proteção jurídica ⁴⁶.

O ordenamento jurídico, neste aspecto, promovia evidente juízo de *desvalor* a respeito das relações familiares, para além da mera função normativa ⁴⁷. Neste viés, é possível dizer que o direito buscou, por meio da codificação, a uniformização de condutas de uma

⁴⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* (2005), p. 156.

⁴⁵ Na denominação utilizada por Orlando Gomes - GOMES, Orlando. *Op. cit.* (2003). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14. Embora não utilizasse a mesma expressão, Francisco Pontes de Miranda, também mencionava a postura paradoxal da disciplina jurídica da família. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 442.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* (2009), p. 27-31.

⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.* p. 107.

forma universal, perene, abstrata e completa, o que ocorreu também na seara do direito de família e implicou na indiferença, do mundo jurídico, quanto à realidade social.

Além disso, a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais e com a estabilização social implicou na desconsideração das questões existenciais relacionadas à família, tais como o afeto, a solidariedade, a mútua assistência e a compreensão.

Contudo, a consagração de um modelo unitário de família e a impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal não foram suficientes para impedir as pessoas de estabelecerem relações extramatrimoniais e, quando casadas, de se separarem faticamente, ainda que o exercício dessa liberdade de formação e dissolução da sociedade conjugal ocorresse à margem do direito ⁴⁸.

Em outras palavras, embora ignoradas pelo mundo jurídico, as entidades familiares extramatrimoniais e a separação de fato jamais deixaram de existir, mesmo porque a ausência de preocupação jurídica com os aspectos existenciais não significava que eles tivessem deixado de ter importância para as pessoas, em si consideradas.

Não obstante, em decorrência da queda do poder econômico da elite agrária, em meados do século XX, houve notória ascensão dos grandes centros urbanos, que consolidaram definitivamente o modelo nuclear da família, cujo ambiente tornou-se mais propício à criação de vínculos de afeto, com a aproximação dos membros da unidade familiar, principalmente no âmbito da conjugalidade ⁴⁹.

Além disso, houve relativo deslocamento dos interesses econômicos e financeiros a um papel secundário, embora não completamente, pois a família típica daquele período continuou a ser vista como instituição ⁵⁰.

Com relação à função dos institutos jurídicos, ainda em meados do século XX, em razão dos ideais do Estado de bem estar social, se buscou, mediante a funcionalização dos institutos jurídicos, negar definitivamente o modelo oitocentista de individualismo proprietário e liberdade formal. Para tanto, a dimensão funcional do contrato e da propriedade foram enaltecidas, no intento de afastar o individualismo exacerbado, com a promoção de escopos sociais.

Contudo, no âmbito da família, a liberdade jamais teve a dimensão que tivera em relação à propriedade e às obrigações. A rigor, a função da família sempre fora

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* (2009), p. 273-274.

⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, P. 34-35.

⁵⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Op cit.*, p. 127.

supraindividual e transpessoal, destinada a manutenção dos valores sociais, assim, não faria sentido a imposição de outra função social para este instituto jurídico ⁵¹.

Por esse motivo, a mudança de valores com relação à família ocorreu em sentido inverso dos demais institutos jurídicos, pois a preocupação deixou de ser a finalidade institucional da entidade familiar, enquanto elemento basilar da sociedade, e passou a ser a dimensão pessoal, a subjetividade dos integrantes da família ⁵². Valorizou-se, com isso, a liberdade dos indivíduos para desenvolver sua personalidade no âmbito coexistencial da família, ainda que não completamente.

Posteriormente, com as transformações ocorridas na própria racionalidade jurídica – principalmente a partir dos movimentos de repersonalização e despatrimonialização do direito ⁵³, que resultaram em maior preocupação com a dimensão existencial da pessoa, do ideal de busca pela felicidade e de liberdade de escolha nos âmbitos mais diversos da vida – foram sendo criados os germens da dissolução daquela rígida estrutura familiar ⁵⁴.

Em consequência dessa mudança de paradigma, a função institucional da família foi sendo substituída pela pessoal, com ênfase nos vínculos conjugais, fraternais e paternais. Da mesma maneira, ocorreu a flexibilização dos papéis assumidos pelos membros e a lenta aceitação, pela sociedade das famílias extramatrimoniais, pelo que as pessoas passaram a deter maior liberdade de escolha na formação dos laços familiares ⁵⁵.

Da mesma maneira, iniciou-se a preocupação com a formação psicológica e educacional da criança, que deixou de ser vista como um objeto de deveres jurídicos e passou a ser considerada em sua vulnerabilidade, como pessoa merecedora de especial atenção e cuidado, cujos interesses deveriam ser tutelados da melhor maneira possível ⁵⁶.

Assim, a família passou a ser o espaço, por excelência, da privacidade e da intimidade, o *locus* em que as pessoas poderiam ser livres para buscar a realização de seus interesses sem sofrer ingerências por parte do Estado e da sociedade ⁵⁷.

⁵¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro, RJ: GZ, 2011, p. 165.

⁵² FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 306.

⁵³ Cf.: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 91.

⁵⁴ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Op. cit.*, p. 67.

⁵⁵ *Id. Ibidem*, p. 126-134

⁵⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. *Op. cit.*, p. 15-16. Sobre a vulnerabilidade e o melhor interesse da criança: PEREIRA, Tânia da Silva. O "melhor interesse da criança" In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord) **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1999.

⁵⁷ Cf.: PROST, Antoine. A família e o indivíduo. In: PROST, Antoine; CHARTIER, Gérard Vincent (Org.). **História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias**. – v. 5. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Neste sentido, importante renovação do direito de família foi o estabelecimento da liberdade de dissolução dos vínculos conjugais, assim que não mais atendessem às aspirações pessoais que levaram à sua constituição. Quando a manutenção do vínculo conjugal era imposta, o desquite – dissolução de fato da sociedade conjugal – era rechaçado e bastante discriminado pela sociedade, principalmente em relação à mulher e aos relacionamentos por ela estabelecidos após a separação ⁵⁸.

A partir do momento em que o amor conjugal e o afeto tornaram-se essenciais à estrutura familiar, a ruptura do vínculo se tornou imprescindível ante a sua ausência ⁵⁹. Isso porque se percebeu a necessidade de viabilizar às pessoas a possibilidade da realização de novos projetos de vida, nos quais poderiam, eventualmente, se incluir, a formação de novos vínculos de afeto ⁶⁰.

Essa maior admissibilidade da ruptura dos vínculos conjugais e das famílias não fundadas no casamento, demonstrou o desfazimento do estigma e da marginalização social e revelou a nova percepção da família, enquanto espaço de realização existencial de seus membros, que também se refletiu no direito.

E assim as mudanças foram lentamente ocorrendo, com fortes influências do desenvolvimento da economia, das conquistas obtidas pelo movimento feminista, da revolução sexual, dentre muitos outros fatores, que vieram a culminar em alterações não apenas nas características, mas também no próprio conceito de família ⁶¹.

Observe-se que a família é amplamente relacionada ao contexto histórico-social no qual se insere, bem como pelos aspectos culturais, econômicos e políticos predominantes. Dentre as alterações citadas, importante ressaltar a influência da Revolução Industrial ⁶², em suas diversas fases, sobre a concepção da entidade familiar, pois ela provocou a cisão entre o local de trabalho e o local de moradia do indivíduo, a inserção da mulher no mercado de trabalho assim como a conquista, pela mulher da independência financeira ⁶³.

Tais fatores foram importantes para cindir a família da ideia de trabalho e também para afastar a autoridade familiar da figura do pai e marido, com a partilha das atividades e

⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149-150.

⁵⁹ Com a aprovação da Lei do Divórcio – Lei 6.515/1977 – operou-se uma significativa alteração no direito de família que deixou a pretensa manutenção artificial de um vínculo que faticamente não mais existia, para fins de mera preservação da instituição familiar. *Idem*.

⁶⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* (2011), p. 134.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* (2009), p. 42-44.

⁶² Importante ressaltar, neste aspecto, que o processo de industrialização apenas se iniciou, no Brasil, com o advento da 2ª Guerra Mundial, nos anos de 1940, ao passo que a urbanização ganhou força apenas em 1950 com a instituição do Plano de Metas de Juscelino Kubitschek.

⁶³ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. *Op. cit.*, p. 10.

das responsabilidades entre ambos os cônjuges – a mulher ⁶⁴, além de realizar as funções que anteriormente lhe incumbiam, assumiu o auxílio no sustento da casa, enfrentando o mercado de trabalho, ao passo que o homem também assumiu parte das tarefas domésticas –, ao mesmo tempo em que a autoridade que os pais antes exerciam sobre os filhos também foi atenuada.

O parentesco deixou de ser unicamente biológico e por afinidade e passou a ser baseado na socioafetividade, o que refletiu a modificação de toda a estrutura familiar ⁶⁵. A família hodierna é composta por vínculos conjugais, de parentesco, de socioafetividade ⁶⁶ e, eventualmente, de adoção, diferentemente da concepção superada de família que se baseava exclusivamente no casamento, na procriação legítima e na adoção.

A finalidade da família também deixou de estar atrelada à transmissão patrimonial e à manutenção da ordem social, para tornar-se, por excelência, o ambiente que permite às pessoas desenvolver os seus vínculos afetivos ⁶⁷, receber o apoio necessário para o enfrentamento das dificuldades cotidianas, realizar suas aspirações e, com isso, alcançar a sua dignidade.

Isso porque, ante as exigências constantes do mercado de trabalho e da dinamicidade do sistema capitalista, a família passou a ser o local, por excelência das relações de afeto, solidariedade e cooperação, como um lócus no qual o indivíduo pode encontrar a afetividade e assistência, em um refúgio da agitação da vida moderna, em que se busca alcançar a felicidade comum ⁶⁸.

Verifica-se, assim, que as antigas funções típicas do século XIX e início do século XX foram sendo dissolvidas ⁶⁹, principalmente com a aferição da importância da família para o desenvolvimento de seus componentes, sobretudo das crianças – o que se verificou com o

⁶⁴ Segundo Ana Carla Harmatiuk Matos, “*A mulher casada perdeu sua incapacidade relativa e tornou-se colaboradora na chefia da sociedade conjugal*”. *Op. cit.*, p. 85.

⁶⁵ E isso se reflete também no plano parental, pois, “*O relacionamento entre pais e filhos não se funda mais no autoritarismo, e sim no amor. As atenções concentram-se no bem-estar da criança, para o melhor desenvolvimento de sua personalidade*”. *Id.*, *ibidem*, p. 93.

⁶⁶ Sobre o assunto cf. FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-417.

⁶⁸ Neste aspecto, entendiam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Muniz, já no início dos anos 1990, que “*A concepção eudemonista da família progride à medida em que ela regride ao seu aspecto instrumental. E precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais*” OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁹ Por óbvio, o ranço oitocentista, não desapareceu completamente, pois ainda hoje há quem sustente o vetusto discurso da família tradicional burguesa, levantando o também ultrapassado discurso da decadência da família em razão da alteração dos valores morais e sociais.

avanço dos estudos psicológicos, antropológicos e sociológicos – impondo-se o tratamento igualitário entre os filhos, sejam eles matrimoniais ou não ⁷⁰.

Além disso, a liberdade na escolha da forma dos vínculos de conjugalidade também auxiliou na realização do princípio eudemonista ⁷¹.

Neste sentido, muito embora não houvesse vedação legal expressa à constituição de famílias para além do casamento – o que significa dizer que as entidades familiares não fundadas no casamento não eram consideradas ilícitas – não se pode dizer que havia liberdade de escolha, pois as famílias extramatrimoniais não eram dotadas de qualquer proteção jurídica. A rigor, elas eram simplesmente ignoradas pelo direito, independentemente da existência efetiva de solidariedade, mútua assistência, afeto e coexistência entre as pessoas ⁷².

Portanto, a realidade fática apenas era apreendida pelo direito, como apta à produção de efeitos jurídicos e ao recebimento de tutela jurídica, quando incidia na previsão expressa da lei. Observe-se que o Código Civil Brasileiro de 1916 realizava um evidente juízo de desvalor em relação ao então denominado concubinato ⁷³.

Até seu efetivo reconhecimento, enquanto entidade familiar, pela Constituição da República de 1988, a união estável tinha como única consequência jurídica o reconhecimento da sociedade de fato – quando demonstrada a contribuição patrimonial da companheira para a manutenção do lar, com efeitos similares ao da partilha no regime da comunhão parcial de bens – ou do direito à indenização por serviços prestados (que não possui qualquer vínculo com o instituto dos alimentos) – quando o aporte financeiro era inexistente ⁷⁴.

Ao mesmo tempo, a mulher casada, tão somente em razão da existência de vínculo formal legítimo, possuía direito à meação e aos alimentos, sem a necessidade de comprovar sua contribuição direta ou indireta da aquisição do patrimônio comum.

Isso permite vislumbrar que não havia o reconhecimento de quaisquer direitos propriamente relacionados ao direito de família, ou seja, a união estável não era reconhecida, para tais efeitos, como entidade familiar ⁷⁵, o que ocorria era a utilização de uma ficção

⁷⁰ O reconhecimento dos filhos legítimos começou a ser juridicamente admitido a partir dos anos 1940, com uma gradativa ampliação das possibilidades decorrente da paulatina transformação da família na sociedade.

⁷¹ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 24-25.

⁷² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro, RJ: GZ, 2011, p. 133.

⁷³ O concubinato aqui referido não se confunde com a união estável. Verifica-se que, no Código Civil de 1916 havia uma diferença entre o concubinato puro – em que não havia quaisquer impedimentos matrimoniais – e impuro – em que havia algum impedimento dos concubinos para o matrimônio, que poderia ser adúltero ou incestuoso. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 141-145.

⁷⁴ *Id.*, *Ibidem.*, p. 104-114.

⁷⁵ É justamente por esse motivo que as discussões eram resolvidas perante o Juízo Cível e não perante às Varas de Família.

jurídica para evitar o enriquecimento sem causa do homem e não deixar a mulher (bastante vulnerável naquele período histórico) completamente sem meios de manter sua subsistência, reconhecendo-se direitos exclusivamente patrimoniais, como se oriundos de relações meramente obrigacionais ⁷⁶.

A família, como realidade fática, deixava de ser respeitada como família no âmbito jurídico, por ausência de previsão, revelando uma concepção completamente discriminatória da moral social e do direito. Apesar de toda a configuração da relação coexistencial como uma família efetiva, a ausência do vínculo conjugal formal impedia o seu reconhecimento enquanto tal, bem como a atribuição de efeitos jurídicos, pelo direito ⁷⁷.

A ausência de tutela jurídica das entidades familiares extramatrimoniais não era a única consequência negativa da adoção dessas entidades, pois, essas formas de comunhão de vida ainda eram consideradas imorais ⁷⁸, uma vez que eram tidas como instrumentos de degradação da família legítima, sem que se concedesse importância ao aspecto existencial nelas envolvido.

Pode-se dizer, portanto, que as famílias que se constituíam fora do regime jurídico do casamento eram completamente desamparadas pelo direito e pela sociedade, mesmo que houvesse, naquela relação coexistencial, um verdadeiro propósito de comunhão plena de vida, o que acabava por cercear completamente a liberdade existencial das pessoas, na escolha da forma de seu vínculo familiar.

Tal marginalização, conforme já mencionado, decorria da antiga racionalidade oitocentista do direito, que enaltecia o patrimônio e a estabilidade social em detrimento das pessoas, de sua felicidade e de sua dignidade.

Com o transcorrer do tempo, a realidade fática das famílias extramatrimoniais se impôs ao direito, com o paulatino reconhecimento de seus efeitos – enquanto famílias propriamente ditas – em decorrência da própria demanda social pela tutela das relações existenciais de fato, independentemente do vínculo formal do matrimônio ⁷⁹.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 158-160.

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 398-402

⁷⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Op. cit.*, p. 38.

⁷⁹ Os direitos decorrentes dessa união foram inicialmente reconhecidos pela legislação infraconstitucional, primeiramente previdenciária, que passou a atentar para a realidade social e a incorporar, gradativamente, as formas extramatrimoniais de família na esfera de proteção jurídica ou, ao menos, a garantir a produção de alguns efeitos jurídicos em benefício dos companheiros. A súmula 380 do Supremo Tribunal Federal pôs fim à discussão existente, determinando o reconhecimento da sociedade de fato nas entidades familiares, com efeitos semelhantes da partilha, sem, porém, reconhecer direitos para além dos meramente obrigacionais.

Contudo, a estrutura patriarcal clássica da família, bem como a desigualdade de gênero apenas desapareceram efetivamente com a promulgação da Constituição de 1988, que também determinou a aceitação da pluralidade familiar, tanto pela sociedade como pelo direito, em decorrência da própria consolidação do princípio eudemonista, que ainda hoje fundamenta a família ⁸⁰.

Observe-se que o afeto se tornou uma circunstância essencial para a manutenção e constituição do vínculo familiar, não se admitindo mais a imposição artificial do vínculo conjugal sem ele, com a garantia da realização das verdadeiras intenções e aspirações individuais ⁸¹.

Todas essas alterações foram trazidas pela Constituição de 1988, que operou uma mudança na ideologia do direito, com a consagração da dignidade da pessoa humana, da pluralidade familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, o que implicou em uma importante alteração no panorama da disciplina jurídica da família ⁸².

Contudo, tal avanço não se refletiu no Código Civil de 2002, fruto de um projeto que tramitou por longos anos no Congresso Nacional e que, evidentemente, não conseguiu se harmonizar com as transformações sociais e a nova racionalidade vigente, sobretudo, no direito de família ⁸³, embora admita timidamente as famílias extramatrimoniais, o divórcio e a igualdade entre cônjuges e filhos.

Conforme já mencionado, o enclausuramento gerado pelo positivismo jurídico e seu rigor científico afastaram o direito da realidade, pela abstração excessiva ensejada pelo conceitualismo e pelo formalismo, o que também se refletiu no direito de família trazido pelo Código Civil de 2002 ⁸⁴.

Neste sentido, a relação jurídica era entendida como um conceito composto por elementos abstratos que, conjuntamente, ensejariam a produção de efeitos jurídicos, até mesmo a pessoa era entendida abstratamente, como um mero elemento dessa relação – o sujeito de direito. Toda a complexidade das relações concretas existentes era transformada, quando o direito lhes atribuía relevância, em modelos genéricos e abstratos, o que distanciou o mundo jurídico da realidade concreta.

O Código Civil Brasileiro de 2002 revela uma racionalidade ultrapassada e discriminatória, com a nítida presença de resquícios da codificação anterior, principalmente

⁸⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. *Op. cit.* p.11.

⁸¹ *Cf. Ibidem.*

⁸² TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 371-372.

⁸³ Sobre a descodificação do direito de família: MADALENO, Rolf. *Op. cit.* p. 3-4.

⁸⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz da lei 8.971/94 e da lei 9.278/96. Curitiba: Juruá, 1999, p. 38-39.

com a elevação do casamento em patamar superior à união estável ⁸⁵ - não houve, portanto, cisão entre a atual codificação civil e aquela vetusta racionalidade abstrata e universalista do positivismo jurídico do século XIX.

É possível dizer, portanto, que muito embora a Constituição da República de 1988 tenha promovido efetiva alteração da racionalidade jurídica, menosprezando a excessiva abstração em benefício da pessoa concretamente existente, a legislação infraconstitucional não acompanhou o ideal de aproximação do direito com a realidade fática da sociedade.

Isso porque o Código Civil de 2002 continuou a refletir aquela antiga racionalidade, com alguns remendos impostos pela alteração já consagrada socialmente de alguns institutos jurídicos. Não foi, portanto, capaz de absorver a mudança de racionalidade ocorrida na própria sociedade, que alterou os valores basilares da família, em sua dimensão ideológica e estrutural, e impôs a alteração do regime jurídico aplicável às relações familiares.

Pode-se dizer, assim, que a aplicação do regime jurídico da família disposto no Código Civil de 2002, em alguns aspectos, implicou em um retrocesso com relação ao direito de família constitucionalizado, por dar prevalência à segurança jurídica e, ainda, ao patrimônio, ao invés de promover a dignidade humana das pessoas envolvidas na relação existencial, conforme estabelece o texto constitucional.

Não obstante, prevalece, na doutrina, principalmente em razão de sua maior conformidade às atuais exigências sociais, o entendimento de que deve ser observada a racionalidade vigente no direito constitucional família, mesmo porque a legislação infraconstitucional não tem o condão de modificá-la ⁸⁶.

Com efeito, a alteração de paradigma, promovido pela Constituição, resultou no afastamento da influência de padrões sociais de comportamento na família, que passou a ser vista enquanto uma esfera verdadeiramente privada, que possui como escopo a realização das aspirações pessoais e a felicidade dos seus membros ⁸⁷.

A família se tornou, assim, o lugar privilegiado da afetividade ⁸⁸ e da realização pessoal, a serem concretizados com o exercício da comunhão afetiva de vida, pouco importando a interpretação restritiva do princípio da pluralidade familiar, decorrente da racionalidade do Código Civil vigente, pois, neste caso, deve a Constituição ser diretamente

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 386-389.

⁸⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.* (2011) p. 37-38.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 40-41.

⁸⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Op. cit.*, p. 93.

aplicada, de modo a acolher a pluralidade inerente à realidade da vida social, a despeito da ausência de previsão da forma por ela assumida.

Ademais, a família contemporânea, hodierna, é pós-nuclear, pois o ponto essencial deixou de ser o vínculo existente entre, pai, mãe e filhos. Incorporam-se no conceito de família hodierna todas as estruturas familiares diferenciadas, tendo como elemento essencial tão somente a existência de afeto ⁸⁹. A família se forma, portanto, a despeito da ausência de algum dos pais ou de ambos, ou da ausência de filhos, e, além disso, admite a incorporação de outros elementos, ainda que não haja qualquer vínculo de parentesco com eles.

Empiricamente, há uma gama de novas entidades familiares, cujo único ponto de semelhança pode ser encontrado no afeto. Observe-se, neste sentido, a proliferação de famílias monoparentais, famílias sem filhos, famílias reconstituídas, famílias de irmãos, etc., o que reflete a diversidade existente no mundo atual ⁹⁰.

Assim, todos os integrantes da família assumem um papel de relevância, tendo ou não um vínculo de parentesco, considerando-se que o elemento que verdadeiramente os aproxima é a socioafetividade.

A família pós-nuclear tem por base o princípio eudemonista ⁹¹, o que significa que seu objetivo é primordialmente viabilizar às pessoas que a compõem o alcance da felicidade e a realização de sua personalidade. Observe-se que a função da família deixa de se direcionar à sociedade e se volta para a realização de contribuições, afetivas e existenciais, para seus membros, relegando a segundo plano os interesses morais da sociedade ⁹².

Com o deslocamento do enfoque jurídico da família institucionalista para as pessoas concretamente existentes, e a relação coexistencial e afetiva entre elas constituída, direcionada à conquista da felicidade comum, a realidade social composta pela multiplicidade de relações familiares diferenciadas passa a merecer o reconhecimento e a proteção jurídica ⁹³.

Atualmente isso se verifica também na admissibilidade do divórcio direto – que prescinde de um período prévio de separação de fato ou judicial – pois, se os cônjuges não mais desejam manter o vínculo matrimonial, não cabe ao direito impor óbices à dissolução da

⁸⁹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.* (2011) p. 29-33.

⁹⁰ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Op. cit.* p. 4-5.

⁹¹ O eudemonismo na família foi analisado por Andréé Michel em seu *Modelès sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*, estudo bastante mencionado pela doutrina do direito de família. MICHEL, Andréé. **Modeles sociologiques de la famille dans** lês sociétés contemporaines. Archives de Philosophie du Droit, 131, 1975. p. 127-136.

⁹² MADALENO, Rolf. *Op. cit.* p. 5-7.

⁹³ “a família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional, porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e responsabilidade necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos.”. OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. *Op. cit.*, p. 19.

relação conjugal ⁹⁴. O atual entendimento é de que o direito deve, ao contrário, concretizar essa vontade, de modo a evitar que essas pessoas se tornem ainda mais infelizes, quando já sofreram o natural desgaste da relação coexistencial típico do período anterior à separação, em decorrência da impossibilidade da dissolução do vínculo.

A igualdade entre os filhos matrimoniais, extramatrimoniais e adotivos, aponta também no sentido eudemonista da família, pois a Constituição veda qualquer tipo de discriminação ⁹⁵. Além disso, as crianças e adolescentes deixaram, definitivamente, de ser vistas como *objetos* de direitos e deveres e assumiram verdadeiramente a posição de sujeitos de direito, capazes de integrar a família e participar ativamente na construção do projeto de comunhão de vida por ela estabelecido.

Evidentemente, a tutela jurídica deve ser atribuída àquelas famílias concretas que efetivamente incentivam e realizam o desenvolvimento da personalidade de seus membros e promovem, assim, a sua dignidade, sobretudo das crianças e adolescentes ⁹⁶.

Interessante observar que a reformulação dos valores sociais, nos mais diversos setores da comunidade – preocupação econômica, concepção social da família, crença religiosa, etc., ausência de formalidades para o casamento e a maior facilidade de sua dissolução –, tem contribuído para que o casamento seja cada vez menos comum.

Verifica-se, assim, que, com a Constituição de 1988 e os valores por ela trazidos, houve um incremento notável de liberdade de escolha das pessoas na definição do arranjo familiar em que desejam viver, a depender do plano de vida existencial, e mesmo patrimonial, que estabeleceram ou pretendem estabelecer.

Mesmo a ideia de impedimentos matrimoniais está sofrendo relativizações por parte da doutrina ⁹⁷.

Além disso, se verificam importantes avanços na seara do direito, no sentido de acolher entidades familiares que, antes eram severamente reprovadas pela moral social, como

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁹⁵ LÔBO, Paulo. *Op. cit.* (2011) p. 216-217.

⁹⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **A família na travessia do novo milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 204.

⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no Direito de Família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: FACHIN, Luiz Edson, TEEDINO, Gustavo, (org.). **Diálogos sobre Direito Civil** – v.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. A autora questiona, no mencionado artigo, a possibilidade de o direito intervir quando a violação da proibição moral encartada em impedimento matrimonial decorre de uma opção pessoal dos envolvidos. Chega à conclusão de que, dada a configuração atual da família como comunhão plena de vida, marcada pela afetividade, não é possível a interferência do Estado ou terceiros nesse particular, bastando que a família cumpra a sua função de promover o desenvolvimento da personalidade e da felicidade dos membros. Com razão a autora, que não admite a intervenção do Estado para afastar a existência da relação familiar estabelecida em violação do impedimento matrimonial de ordem moral e deixa de lhe conceder efeitos jurídicos (p. 563).

a união homoafetiva⁹⁸, o que demonstra uma verdadeira tendência de ampliação da interpretação do princípio constitucional da pluralidade das formas de família.

E essa modificação na compreensão da disciplina jurídica da família, com a flexibilização, sobretudo, de seu aspecto formal, não apenas é desejável, como também necessária para que a família possa exercer a função que, hodiernamente, lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, é importante dizer que a igualdade material entre o homem e a mulher ainda não foi alcançada em sua plenitude, nem no âmbito da família e, muito menos, na sociedade como um todo.

Da mesma maneira, o exercício de liberdade na seara familiar, principalmente com relação à escolha do arranjo familiar em que se deseja viver ainda não é garantido da maneira mais ampla possível, pois a interpretação dos princípios constitucionais é, por vezes, realizada de maneira restritiva, trazendo dificuldades para que a família possa alcançar o seu verdadeiro objetivo, principalmente quando se leva em consideração a disciplina trazida pela codificação civil.

De todo o modo, as mencionadas transformações foram e são extremamente importantes, e devem ser vistas como etapas de um longo processo para que a família alcance um estágio em que sua dimensão funcional seja potencializada, de modo a efetivamente exercer os escopos que a Constituição lhe atribuiu⁹⁹.

Como efeito dessas importantes modificações ideológicas, nos últimos anos, o casamento perdeu grande espaço para as famílias informais, ao mesmo tempo em que passou a ser celebrado mais tardiamente e a possuir menor durabilidade do que em momentos anteriores na história. No entanto, conforme bem ilustrou Michelle Perrot¹⁰⁰ no mencionado artigo *O nó e o ninho*, isso não significa que a família esteja se extinguindo.

E, em que pese não se saiba exatamente o caminho a ser trilhado pela família ao longo desse processo, é evidente que o retorno ao modelo anterior não é desejável no contexto atual, considerando-se que as características outrora existentes não são adaptáveis aos valores da sociedade e do direito hodierno.

⁹⁸ Oportuno mencionar, a esse propósito, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da atribuição de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, em recente julgamento da ADPF n.132 e da ADI n. 14277.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416.

¹⁰⁰ PERROT, Michele. O nó e o ninho. In: **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, p.75-81, 1993.

Assim, ainda que o novo conceito de família traga em seu bojo aspectos negativos – como a questão da solidão trazida pelas separações, como ilustrou Michelle Perrot ¹⁰¹ – ele é, certamente, preferível aos modelos pretéritos, porque estes são inconciliáveis com o contexto atual da sociedade.

A família, portanto, não deixou e não deixará de existir, posto que perdidas para sempre as formalidades que a cristalizavam, permanece sendo ela o lugar por excelência da vida privada, conciliando agora “*as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual*” ¹⁰².

Conforme o observado ao longo desse relato histórico, a estrutura familiar, bem como a sua regulamentação jurídica, foram sendo modificadas à medida que os valores sociais também sofriam numerosas transformações, impondo adaptações da família ao contexto social.

Neste sentido, a análise histórica permite verificar a existência de um deslocamento do foco da racionalidade jurídica, e, conseqüentemente, do instituto jurídico da família, do patrimônio para a figura da pessoa humana e sua dignidade.

Por tal razão, passou a se relativizar a formalidade do vínculo conjugal, admitindo-se a constituição de novos arranjos familiares, para além do casamento, justamente no intuito de possibilitar à pessoa o exercício de liberdade de escolha daquele que se revele mais apropriado para a realização de suas aspirações e, assim, viabilizar a realização de sua personalidade.

No entanto, para que a família possa, efetivamente, se tornar um instrumento de realização da personalidade de seus membros e de sua dignidade, impõe-se uma compreensão ampliativa e mais flexível da regulamentação jurídica sobre ela incidente, de modo a afastar as interferências indevidas, tanto do Estado, como da moral social, no que diz respeito à formação do vínculo familiar.

Dessa maneira, ao longo dos próximos capítulos, pretende-se demonstrar de que maneira o princípio da liberdade pode auxiliar – por meio do exercício positivo, pelos indivíduos, da escolha dos arranjos familiares – a família hodierna a realizar, de maneira potencializada, a sua dimensão funcional, e, assim, atender plenamente aos interesses de seus membros, na busca da concretização de sua dignidade.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² A historiadora francesa ainda enfatiza que o modelo excessivamente rígido e normativo de família, típico do século XIX, cedeu espaço a um modelo que se tornou a unidade da existência individual, ao afeto, e, ainda, se revela mais igualitário em suas relações inter-humanas, mais flexível, e mais conforme aos desejos de seus componentes, sendo seus principais valores a solidariedade, a fraternidade, o afeto, a ajuda mútua e o amor. PERROT, Michele. *Op. cit.*, 1993.

2 LIBERDADE EXISTENCIAL AFETIVA E A PLURALIDADE FAMILIAR

A análise histórica permitiu observar as transformações ocorridas nos valores sociais e jurídicos da família, em decorrência da mudança paradigmática da família oitocentista para a hodierna, com a substituição da racionalidade exclusivamente patrimonialista, pela personalista, em razão do enaltecimento do princípio da dignidade humana, o qual passou a reger todo o ordenamento jurídico.

Com isso, o direito de família se tornou mais flexível, mesmo porque o próprio instituto jurídico da família assumiu uma posição funcional diferenciada, tornando-se instrumento de realização da felicidade pessoal e da dignidade de seus membros, em detrimento da antiga função de estabilização e normalização social, e de proteção do patrimônio.

A liberdade existencial afetiva, neste aspecto, revela-se um elemento essencial para a promoção do caráter instrumental da família, na medida em que, por meio de seu exercício, as pessoas podem escolher a entidade familiar mais propícia e adequada à realização dos seus interesses e aspirações pessoais, o que constitui um grande auxílio para que possam desenvolver a sua personalidade.

Contudo, conforme já observado, a liberdade na esfera existencial familiar nunca possuiu a mesma dimensão e alcance da autonomia privada típica da esfera patrimonial, em razão da grande intervenção do Estado no âmbito privado da família.

Diante disso, em consideração aos novos valores do ordenamento jurídico, que possibilitaram, finalmente, o alcance de um grau maior de liberdade individual e intersubjetiva na esfera familiar, revela-se necessário estabelecer o conceito de liberdade mais adequado às funções constitucionalmente atribuídas à família hodierna, o que não pode prescindir de uma breve análise sobre o próprio conceito de liberdade.

A liberdade moderna, consagrada ao longo do século XIX, possuía um caráter nitidamente formal, correspondente ao espaço de autonomia privada em que os particulares eram livres para reger seus próprios interesses sem sofrer qualquer coerção por parte do Estado.

Essa concepção de autonomia e liberdade é fruto de um contexto histórico típico do séc. XIX, em que se buscava limitar os privilégios da nobreza e, ao mesmo tempo, evitar a

intervenção estatal na esfera privada e nos direitos individuais, por isso, enaltecia-se a ausência de coerção estatal.

Nesse momento histórico, as desigualdades materiais eram irrelevantes, mesmo porque toda a racionalidade jurídica circundava o individualismo e o liberalismo econômico e, portanto, destinava-se à proteção e circulação patrimonial, o que limitou a própria ideia de sujeito de direito à figura do proprietário ¹⁰³.

A liberdade ¹⁰⁴ de então era, portanto, bastante atrelada ao conceito de propriedade ¹⁰⁵ e sequer chegava a ser pensada para além dele, o que afastou, de certa maneira, a sua aplicabilidade em outras searas do direito que não as patrimoniais, assim como na família, conforme já observado.

Importante dizer, ainda, que a liberdade, assim como a propriedade, era considerada um direito absoluto ¹⁰⁶, consistente na possibilidade de realizar tudo o que não fosse proibido pela lei, cuja única restrição vinculava-se à impossibilidade de violação da ordem pública, da moral e dos bons costumes.

O Estado, além de não poder intervir nesse espaço de autonomia privada, possuía, no que diz respeito a esse âmbito privado, uma única função, consubstanciada no dever de interferir quando o exercício dos direitos, por um cidadão, violasse os direitos alheios ¹⁰⁷.

Dessa racionalidade, de isolamento entre o espaço público e o espaço privado, surgiu também a classificação que pretendeu cindir absolutamente o direito público do direito privado, como se fossem ramos completamente isolados e inconciliáveis.

Verifica-se, portanto, que, a liberdade, cuja essência estava na vontade individual e na razão – demonstrando a influência jusnaturalista ¹⁰⁸ –, encontrava a sua limitação na lei, em atendimento à ideia de bem comum, que não poderia ser violado.

Posteriormente, houve uma modificação no entendimento da liberdade, com a relativização da vontade, antes considerada absoluta, pelo que a autonomia da vontade passou a ser denominada autonomia privada ¹⁰⁹.

¹⁰³ Tal entendimento foi bastante influenciado pela doutrina de John Locke, de modo que a propriedade passou a ser vista como o espaço privado em que o indivíduo tem a liberdade de poder realizar seus desejos sem a intervenção do Estado, porém com a sua proteção. A propriedade, então, era o direito fundamental do âmbito privado, e a liberdade apenas existiria na medida em que o indivíduo fosse proprietário. Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 381-382.

¹⁰⁴ Sobre o conceito de liberdade de Locke, Cf. BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 7- 65.

¹⁰⁵ Cf. MACPHERSON, C. B. (Crawford Brough). **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes ate Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

¹⁰⁶ LOCKE, John. *Op. cit.* p. 83, 384.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 85.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* (2006), 20-22.

Neste sentido, a própria ideia de vontade como essência da relação jurídica perdeu força e a autonomia passou a ser analisada em seu aspecto objetivo, como o espaço de liberdade concedido pelo ordenamento jurídico para que o indivíduo possa autorregular seus próprios interesses, dentro dos limites legalmente estabelecidos ¹¹⁰.

Com isso, também houve uma modificação intrínseca da disciplina jurídica da liberdade, pois ela passou a ser concebida não apenas em seu aspecto negativo, como também no positivo, de modo a viabilizar a autorregulamentação dos interesses pelos próprios indivíduos, para que eles possam estabelecer, de acordo com os seus interesses, os efeitos jurídicos a serem produzidos pela relação jurídica por eles celebrada.

Em outras palavras, dentro da liberdade negativa, definida por tudo o que não é expressamente proibido pela lei, surge a possibilidade do exercício da liberdade positiva pelos indivíduos, ao menos na seara patrimonial, sendo-lhes permitido estabelecer a disciplina de suas relações jurídicas ¹¹¹, com o posterior reconhecimento, pelo Estado, dessa normatividade particular, criada pelas próprias pessoas que a ela se submeterão.

Não obstante, o Estado também passou a assumir funções positivas, para além de manter a ordem social, assumindo deveres de atuação em relação aos indivíduos e à sociedade.

Além disso, com o transcurso do tempo e a modificação da própria sociedade, a racionalidade do direito foi lentamente sendo afastada dos aspectos exclusivamente patrimoniais e abriu-se um espaço para que as questões existenciais, relativas ao indivíduo sujeito de direito, também pudessem ser objeto de sua atenção ¹¹².

O direito civil, por óbvio, também foi alcançado por tais mudanças, o que implicou na necessidade de uma renhida renovação de toda a sua estrutura, nos mais diferentes aspectos, em contraposição à antiga ideologia, incluindo a transformação ocorrida com relação ao próprio conceito de liberdade.

Tal enfrentamento persiste até os atuais dias, uma vez que, cada vez mais, surgem demandas da sociedade pela atualização dos institutos jurídicos em relação aos novos valores,

¹⁰⁹ Sobre a decadência do voluntarismo jurídico: GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 9-26.

¹¹⁰ *Id.* P. 46-47.

¹¹¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*(2011), p. 126.

¹¹² Segundo Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Muniz, a família é uma instituição social que envolve situações jurídicas complexas, que ultrapassam em muito a esfera meramente patrimonial, considerando-se que dizem respeito à essência do indivíduo, ao envolver diretamente a sua personalidade e a sua dignidade. Muito a frente de seu tempo, enalteciam a importância do aspecto moral da família e colocavam as relações interpessoais como informadoras do núcleo fundamental do direito de família, considerando acessórias as relações patrimoniais. *Op. cit.*, p. 13-14.

inclusive no direito de família, em que se busca uma disciplina adequada à nova dinâmica social e à nova racionalidade jurídica trazida pela Constituição da República de 1988, principalmente no que diz respeito às situações existenciais.

Neste viés, a busca atual reside na viabilização de uma liberdade efetiva do sujeito em suas relações em sociedade, não apenas na esfera patrimonial, como outrora, mas também na seara existencial, com a finalidade de permitir a configuração, livre de amarras e preconceitos juridicamente estabelecidos, da personalidade individual, nos mais diversos aspectos da vida da pessoa ¹¹³.

Necessário dizer, a esse respeito, que a liberdade, entendida na esfera existencial, não é meramente negocial e, portanto, não se confunde com a autonomia privada. Efetivamente, é uma liberdade que leva em consideração a pessoa concreta e suas aspirações existenciais – uma liberdade “*de ter identidade própria e assegurar a reprodução de sua subjetividade*” ¹¹⁴.

Nesse sentido, a liberdade deve ser analisada de maneira bastante diferenciada daquela existente nas relações patrimoniais ¹¹⁵, e, além disso, deve ser concebida da forma mais ampla possível no âmbito da família, uma vez que este é o espaço, no âmbito do direito civil, em que prepondera a subjetividade dos interesses envolvidos – é a esfera mais privada do direito civil, por assim dizer.

O grande problema, contudo, é definir a configuração dessa liberdade especificamente no campo familiar, pois a dimensão existencial, nesse particular, não está restrita aos interesses individuais de cada pessoa, abrangendo também a intersubjetividade própria das relações coexistenciais inerentes ao conceito de família.

Não parece apropriado, portanto, reduzir a ideia de liberdade (co)existencial a uma liberdade meramente formal, pois essa concepção implicaria, necessariamente, em uma redução significativa da potencialidade da família em cumprir os escopos que lhe são atribuídos pela Constituição, especialmente a realização da dignidade e da felicidade dos seus membros ¹¹⁶.

¹¹³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

¹¹⁴ Trata-se, como afirma Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, de uma *liberdade plural*, pautada nas relações intersubjetivas concretas e que envolve não somente os desejos da sociedade como um todo, mas também do sujeito individualmente considerado. *Op. cit.* (2011), p. 4.

¹¹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹¹⁶ Segundo Gustavo Tepedino, é a dignidade humana o elemento finalístico da proteção estatal, “*para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família*”. TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 371-372.

No que diz respeito ao relacionamento afetivo, impor limites a essa liberdade é ainda mais complexo, porque, exercer um juízo de exclusão das formações familiares possíveis, marginalizando aqueles arranjos que não se encaixem nos modelos juridicamente previstos, não é uma atitude condizente com os preceitos constitucionais vigentes.

Observe-se, nesse sentido, que as relações de família revelam um grau de intimidade e de privacidade que permitem, e, mais do que isso, exigem, que a liberdade seja concebida dessa forma mais ampla e plural, sem que isso afete o modo de vida e as relações das demais pessoas que compõem a sociedade.

Contudo, o conceito de liberdade, conforme é facilmente verificável, admite diversas interpretações, variáveis no tempo e no espaço, e, portanto, faz-se necessário analisar algumas das concepções possíveis, a fim de estabelecer aquela que se revela mais adequada às relações jurídicas existenciais familiares e, ainda, à sua disciplina jurídica.

Neste sentido, a liberdade formal é vista como a ausência de coerção estatal nas relações privadas¹¹⁷, por isso, também é denominada liberdade negativa – o que significa dizer que, aos indivíduos, é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe. Portanto, relaciona-se aos direitos fundamentais de primeira geração, excluindo-se a interferência do Estado nas relações interprivadas, exceto para impedir a violação dos direitos subjetivos por terceiros.

Esta liberdade negativa, entretanto, se revela um conceito demasiado limitado, pois, ao impedir a interferência do Estado na esfera privada, afasta a possibilidade da atuação estatal também para promover a efetivação, em concreto, dos direitos individuais. Dessa maneira, é possível dizer que este conceito de liberdade é insuficiente, pois, além de retirar do Estado a possibilidade de atuar positivamente para garantir, tutelar e efetivar os direitos, também o impede de fornecer aos indivíduos os instrumentos, as condições materiais, de que necessitam para realizarem suas aspirações.

De qualquer maneira, o conceito de liberdade negativa não deixa de ser relevante, uma vez que foi objeto de cuidadoso estudo de diversos teóricos da modernidade e, ainda hoje, é um dos fundamentos em que se sustenta o direito.

A liberdade positiva, por sua vez, é um conceito diretamente vinculado à capacidade dos indivíduos, no exercício de sua autonomia privada, autodeterminarem os seus próprios interesses, exigindo, da parte do Estado, uma atuação também positiva, no sentido de acolher a normatividade decorrente do exercício dessa autonomia e reconhecer, por meio do direito, a sua aptidão para produzir efeitos jurídicos.

¹¹⁷ HAYEK, Friedman A. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo : Visão, 1983.

No entanto, muito embora a compreensão da liberdade, em sua dimensão positiva, seja, efetivamente, mais abrangente e completa que a liberdade em seu sentido negativo, tampouco se revela suficiente para garantir ao indivíduo a plena realização de seus interesses subjetivos e intersubjetivos existenciais, no plano familiar.

Na realidade, tanto o conceito negativo de liberdade, quanto o positivo, são complementares, e devem ser entendidos como duas dimensões de uma só liberdade, em sentido amplo, que envolve, ao mesmo tempo, a atuação negativa do Estado e a positiva, para o fim de atribuir efeitos jurídicos à normatividade decorrente do exercício da autorregulamentação dos interesses, pelos indivíduos.

A fim de melhor definir essas duas dimensões da liberdade, bem como para demonstrar a viabilidade de sua utilização no direito de família, revela-se oportuno expor o raciocínio desenvolvido por três consagrados teóricos, que desenvolveram doutrinas importantes sobre a liberdade, cuja aplicabilidade sobre a liberdade existencial no âmbito familiar parece particularmente relevante, são eles: Isaiah Berlin¹¹⁸; Stuart Mill¹¹⁹; e Amartya Sen¹²⁰.

2.1 OS DOIS CONCEITOS DE LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN

Isaiah Berlin, em seu conhecido artigo denominado *Dois conceitos de liberdade*¹²¹, desenvolveu interessante raciocínio, distinguindo os conceitos positivos e negativos de liberdade, no intuito de realizar um contraponto com relação às críticas levantadas contra a sua teoria.

Segundo o autor, a liberdade positiva é a liberdade que o indivíduo possui de controlar sua vida por meio de suas próprias decisões, sem sofrer quaisquer interferências externas ou ser influenciado por propósitos alheios, qualquer que seja a sua natureza, o que significa dizer que a pessoa, e somente ela, deve determinar os rumos de sua vida¹²², de acordo com sua vontade e consciência.

Contudo, Berlin dá maior ênfase, em sua obra, ao conceito negativo de liberdade, porque, para ele, basta que a pessoa seja capaz de agir livre da interferência de terceiros –

¹¹⁸ BERLIN, Isaiah; MILL, John Stuart. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed.Univ. de Brasília, 1969.

¹¹⁹ MILL, John Stuart. **On liberty**. Boston: Ticknor & Fields, 1863.

¹²⁰ Sen, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

¹²¹ BERLIN, Isaiah; MILL, John Stuart. *Op. cit.*, p. 20-36.

¹²² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* (2011), p. 26.

nesse sentido, o autor também rechaça as influências advindas dos modelos e concepções pré-estabelecidas, uma vez que também limitam e eliminam a verdadeira liberdade.

Tal concepção se revela bastante importante no presente trabalho, considerando-se que um dos seus objetivos é demonstrar, justamente, que o direito, ao estabelecer os modelos legítimos de família, cerceia o direito de liberdade dos indivíduos, pois os impede de escolher a composição familiar mais adequada aos seus interesses e a sua própria concepção de vida.

De todo o modo, para Berlin, os conceitos positivo e negativo de liberdade são opostos, e a liberdade positiva seria, em determinado aspecto, contraproducente, pois a razão a ela atrelada possivelmente implicaria em uma coerção da comunidade e da sociedade, de maneira indireta e indevida, sobre as escolhas individuais, o que não ocorre na liberdade negativa ¹²³.

Tal entendimento, entretanto, não parece o mais adequado, uma vez que deve haver uma harmonização entre os conceitos positivo e negativo de liberdade que, a princípio, conforme já mencionado, são dimensões interdependentes e complementares.

Além disso, é possível dizer que a vinculação do indivíduo aos padrões sociais é algo natural, inerente à própria vida em sociedade, e isso sempre irá influenciar as escolhas individuais, em maior ou menor grau, o que não impede, todavia, o indivíduo de ser diferente ou de realizar escolhas contrárias àquelas determinadas pelos padrões sociais e morais.

Neste sentido, de acordo com a racionalidade envolvida no presente trabalho, o grande problema não está, especificamente, na existência de padrões morais inerentes ao próprio desenvolvimento da sociedade, pois eles sempre exercerão alguma influência sobre a pessoa.

O que não se pode admitir, todavia, é que esses padrões sejam impostos pelo direito, como únicas alternativas disponíveis à escolha individual, com a proibição de quaisquer outras opções, que não as expressamente previstas, assim como estabelece a disciplina jurídica da família, trazida pela legislação infraconstitucional.

Ainda, segundo Berlin, a verdadeira liberdade não é a pura e simples eliminação dos desejos, mas sim a sua efetiva realização ¹²⁴. Não basta, portanto, a ausência de frustração – que pode decorrer da realização dos desejos ou de sua mera supressão/eliminação – para que se verifique a liberdade individual, é necessária também a ausência de obstáculos à efetivação

¹²³ Verifica-se, neste sentido, a evidente preferência de Berlin pelo conceito negativo de liberdade.

¹²⁴ “*Há um nítido sentido no qual pode contribuir para a felicidade ou segurança de um indivíduo o ato de ensinar a alguém que, se não pode conseguir o que deseja, precisa aprender a desejar apenas aquilo que pode conseguir; mas isso não ampliará a sua liberdade civil ou sua liberdade política*”. BERLIN, Isaiah; MILL, John Stuart. *Op. cit.*, p. 21.

de escolhas, considerando-se um rol aberto de alternativas disponíveis, de acordo com os desejos de cada um.

É possível dizer que este raciocínio de Berlin é essencial para o estabelecimento do conceito de liberdade (co)existencial no âmbito familiar, dada a importância dos interesses ali envolvidos.

Evidentemente, por ser a família o *locus*, por excelência, da intimidade e da privacidade – em que devem ser especialmente resguardados os interesses, desejos e aspirações de cada um dos membros que a compõem, conforme a atual concepção desse instituto jurídico, em decorrência do desenvolvimento histórico já delineado –, é imprescindível que o rol de alternativas seja aberto o suficiente para abranger as especificidades subjetivas de cada um, sem que haja óbices à realização de diferentes escolhas.

Não obstante, Berlin argumenta, ainda, que a extensão da liberdade individual pode ser aferida pela disponibilidade não apenas de escolhas reais, mas também potenciais, a depender das opções previamente realizadas pelo indivíduo em seu modo de agir.

Outrossim, importante observar que, muito embora Berlin desassocie a liberdade individual da ideia de atividade (atuação) ¹²⁵, ele o faz para afirmar que a liberdade se constitui pela oportunidade que é concedida de se fazer algo que se almeja ou não, segundo a própria vontade. Trata-se, portanto, a liberdade da existência de oportunidade de agir e não o agir em si mesmo, um conceito negativo de liberdade que afasta a importância da atuação da liberdade positiva.

Neste aspecto, vai de encontro ao conceito de liberdade que se pretende definir, pois, conforme já se observou, o conceito de liberdade negativa é insuficiente para garantir às pessoas a plena capacidade de escolha com relação aos seus planos de vida.

Isso porque não basta a mera previsão da liberdade no ordenamento jurídico se não houver a proteção efetiva de seu exercício, por meio do amparo jurídico. Além disso, deve-se considerar que a previsão formal da liberdade não garante a proteção jurídica da liberdade em outras circunstâncias para além daquelas explicitamente estabelecidas.

Por outro lado, a liberdade positiva pressupõe o reconhecimento, pelo direito, da autorregulamentação dos interesses pelos próprios indivíduos, impondo não apenas a tutela do exercício dessa liberdade, como também a atribuição de efeitos jurídicos. No entanto,

¹²⁵ *Ibidem*, p. 23.

evidentemente, ela depende de condições materiais para que possa ser efetivamente exercida pelas pessoas.

Assim, a liberdade é, de fato, um conceito distinto das condições de seu exercício, embora delas não possa prescindir, pois as condições materiais devem existir em um grau suficiente para que a própria liberdade exista, apontando para um sentido de liberdade substancial ¹²⁶, diferente da ideia desenvolvida por Berlin.

Por outro lado, com razão afirma Berlin que seus conceitos de liberdade positiva e negativa não guardam, na verdade, grande distância em sua lógica, como poderia parecer a princípio ¹²⁷.

Na realidade, a grande importância da liberdade positiva reside no fato de que ela permite ao indivíduo autorregulamentar seus próprios interesses sem que lhe seja imposta qualquer determinação, por parte de outrem, a respeito de sua conduta, com a devida ressalva de que, num meio social, a simples existência de outras pessoas implica em alguns recortes às escolhas individuais, pois os direitos de todos são igualmente resguardados e o exercício dos direitos por uma pessoa não pode violar os direitos e liberdades de outrem, o que faz presumir, evidentemente, o conceito negativo de liberdade.

Assim, a vida em sociedade deve ser minimamente harmônica, de maneira que a conduta de uns sempre irá implicar em algumas restrições às liberdades de outros. A liberdade positiva (identificada como a autorrealização dos interesses) e a negativa (identificada como não interferência) influenciam-se mutuamente – sem, contudo, se confundirem – de modo que uma não pode ser regularmente e legitimamente exercitada em detrimento da outra, pois, caso alguma delas prevaleça, haverá desvio de sua finalidade e abuso.

Deve-se destacar, ainda, que, embora prefira, de fato, a liberdade negativa, e entenda não ser possível conciliar harmonicamente as duas formas de liberdade ¹²⁸, Berlin não deixa de atribuir importância à liberdade positiva, porquanto entende que o autogoverno democrático possui um valor universal intrínseco, sem o qual sequer a liberdade negativa se torna possível. Contudo, conforme bem estabelece o autor, o enaltecimento da liberdade positiva em completo detrimento da negativa, sem parcimônias, implicaria no autoritarismo, despotismo, e opressão ¹²⁹.

¹²⁶ DE VITA, Álvaro. **Justiça Liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

¹²⁷ BERLIN, Isaiah; MILL, John Stuart. *Op. cit.*, p. 24.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 28.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 26.

De qualquer maneira, a análise deste consagrado marco teórico possui particular interesse para o presente trabalho, porquanto, ele reconhecia, já no séc. XX, que as duas formas de liberdade são interligadas e objetos de inúmeras limitações, nos mais diversos aspectos, e, ainda, afirma a impossibilidade do estabelecimento de um padrão de conduta, como hipótese perfeita a que todos se direcionem, uma vez que a necessidade de realizar escolhas entre as alternativas é inerente à própria racionalidade, de acordo com a capacidade de cada um em apreender o mundo real ao seu redor.

E é justamente por tal razão que inexistência de um mínimo de alternativas disponíveis implicaria em totalitarismo, pois as diferenças são sempre intrínsecas à existência humana e à própria complexidade da vida, além disso, em muitos casos, a própria liberdade é um valor a ser ponderado juntamente com outros princípios e valores sociais, podendo deixar de prevalecer a depender da hipótese concreta.

Além disso, importante ressaltar que o autor já define, também, a importância da liberdade positiva, enquanto potencialidade das pessoas regulamentarem seus próprios interesses dentro dos limites estabelecidos pela liberdade negativa, o que significa que o exercício da liberdade positiva jamais pode ultrapassar os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Observa-se, portanto, que o conceito de liberdade positiva de Berlin – com o reconhecimento, pelo direito, da autorregulação, pelas pessoas, de seus próprios interesses, atribuindo-lhe os efeitos jurídicos após o seu exercício, sem a necessidade de uma previsão legal propriamente dita, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico – revela-se bastante flexível, na medida em que não exige previsão legal expressa, para que seja juridicamente tutelado.

Neste sentido, adapta-se ao conceito de liberdade existencial de afeto, pois, conforme já afirmado, a família hodierna, direcionada à realização da dignidade da pessoa humana, não mais admite a imposição de padrões de conduta, principalmente relacionadas à forma a ser assumida pelo arranjo familiar, uma vez que o real interesse desse instituto jurídico é a promoção da felicidade e da dignidade das pessoas envolvidas.

Observa-se, assim, que a liberdade positiva, por garantir a proteção jurídica à autorregulamentação dos interesses pelos indivíduos, coaduna com um conceito mais maleável de regulamentação jurídica da família, uma vez que se adapta às aspirações existenciais das pessoas envolvidas, sem a imposição de modelos ou parâmetros de conduta.

No tópico seguinte, pretende-se justamente demonstrar quão importante é esta liberdade em relação aos aspectos existenciais, com ênfase na ideia de que a esfera privada

familiar não deve ser objeto de controle do Estado e da sociedade, mas sim proteção, inclusive no que diz respeito ao exercício de liberdade de escolha do vínculo afetivo familiar.

2.2 LIBERDADE EXISTENCIAL NA ÓTICA DE STUART MILL

John Stuart Mill, teórico utilitarista inglês, em sua obra *On Liberty* ¹³⁰, traz um interessante conceito de liberdade social semelhante ao de liberdade negativa, por ser concebida como a limitação do poder estatal que pode ser legitimamente exercido sobre os indivíduos, exceto na hipótese em que a sanção legal e as coerções morais apenas incidam para evitar que as pessoas violem a liberdade e os direitos alheios.

Interessante observar que conceito de liberdade desenvolvido por Mill, embora pareça, em princípio, negativo, aproxima-se do conceito positivo de liberdade, na medida em que atribui aos indivíduos a liberdade de determinação dos destinos de sua própria vida, de acordo com suas aspirações e seus desejos, principalmente na esfera moral, âmbito em que a intervenção da sociedade seria excepcional e unicamente relacionada à violação de interesses de terceiros.

Desse modo, as questões pertinentes única e exclusivamente aos indivíduos e que se referissem à intimidade e à privacidade pessoal, não deveriam ser alcançadas pelas opiniões alheias, independentemente dos padrões sociais de comportamento moralmente aceitos pela comunidade.

Observa-se, portanto, que, de maneira bastante eloquente e avançada para a época, Mill defendia a liberdade dos sujeitos na escolha das questões privadas de sua vida, âmbito existencial alheio às reprimendas da sociedade, no qual as escolhas do sujeito deveriam ser respeitadas. Para Mill, a tolerância com relação aos aspectos existenciais privados da vida da pessoa se impõe, tanto à intervenção moral da sociedade quanto ao direito.

Esse entendimento é bastante interessante, porque estabelece uma ideia de liberdade bastante ampliada para a esfera existencial, ideia que se encaixa no conceito de liberdade que se pretende estabelecer por meio do presente trabalho.

Importante salientar que o conceito de liberdade de Mill não se confunde com a simples ideia de autonomia da vontade, mas como direito de liberdade, envolvendo a natureza

¹³⁰ MILL, John Stuart. *Op. cit.*.

e os limites do poder, que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo¹³¹.

Em interessante trecho de sua obra, Stuart Mill enfatizava os perigos da tirania exercida pela própria maioria, existente na opinião e nos valores dominantes, excluindo de seu amparo qualquer pessoa que se mostre divergente dos padrões estabelecidos socialmente¹³².

Neste sentido, afirmava Stuart Mill, com razão, que há um limite para a intervenção da opinião coletiva sobre a liberdade individual, sendo necessário encontrar a certa medida dessa restrição, para o fim de resguardar os próprios assuntos humanos e evitar o despotismo político¹³³.

Tal entendimento tem alguma aplicabilidade ao tema em análise, pois se pretende demonstrar, justamente, a imprescindibilidade de um espaço de liberdade para que o indivíduo possa estabelecer suas relações coexistenciais afetivas sem intervenção do Estado e sem a imposição de padrões sociais de conduta, de modo a alcançar, com a maior plenitude possível, o desenvolvimento de sua personalidade.

Contudo, conforme John Stuart Mill, tudo o que torna a existência do indivíduo valiosa depende da força das restrições e limites às ações alheias¹³⁴, portanto, não se pode afastar um mínimo de regulamentação legal, que se estabelece conforme as circunstâncias históricas e sociais de cada país.

Neste sentido, segundo o autor, as preferências e aversões da sociedade, de um modo geral, influenciam tanto o indivíduo e se tornam tão comuns e tão legitimados pelo decurso do tempo, que, mesmo que ele venha a discordar de um ou outro padrão social, deixa de refletir sobre a plausibilidade que tais modelos de conduta sejam impostos às pessoas por meio de regras legais.

Porém, defendia ele, ao mesmo tempo, um mínimo de regulamentação pelo Estado ou pela sociedade, desde que exercida dentro de certos limites e de determinada maneira, de

¹³¹ MILL, John Stuart. *Op. cit.*, p. 7.

¹³² “Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough; there needs protection also against tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation of any individuality not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon the model of its own”. Tradução livre: “Proteção apenas contra a tirania dos magistrados não é o suficiente, também é necessária proteção contra a tirania da opinião e dos valores prevalecentes, contra a tendência da sociedade de impor, por outros meios que não as penalidades civis, suas próprias ideias e práticas como regras de conduta àqueles que delas divergem, para impedir o desenvolvimento e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com os seus modos, e compelir todos os caracteres a se ajustarem ao seu próprio modelo”. *Ibidem.*, p. 14.

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Ibidem.*, p. 14-15.

modo a resguardar, os interesses individuais da violação por outrem. Essa necessidade de proteção dos interesses alheios era, segundo o autor, a única justificativa da limitação da liberdade individual, e, ao mesmo tempo, o princípio que a legitimava ¹³⁵.

Além disso, o autor destacava que a liberdade do indivíduo possuía ainda maior valor e deveria receber especial proteção quando a atuação livre da pessoa se revelasse mais benéfica do que quando determinada por coerção, sobretudo quando essa coerção, jurídica ou moral, se revelasse mais prejudicial do que os eventuais danos que pretendia prevenir.

Esse também parece ser o raciocínio aplicável às relações afetivas, âmbito em que a atuação do indivíduo sem intervenções revela-se mais benéfica a seu desenvolvimento pessoal, ao passo que qualquer intervenção acaba por ser mais prejudicial do que os danos que a livre escolha poderia, eventualmente, produzir à sociedade.

Da mesma maneira, a família é uma esfera existencial na qual o interesse da sociedade é apenas indireto, pois as consequências das escolhas livremente realizadas pelo indivíduo afetam apenas a ele próprio e, quando afetam a outrem, sempre envolvem o seu expreso consentimento.

Em outras palavras, as escolhas realizadas pelo indivíduo na esfera afetiva, coexistencial e familiar, sobretudo no que diz respeito ao modelo de entidade familiar, apenas envolvem seus interesses próprios e daqueles que integram a relação coexistencial, presumindo-se seu consentimento ¹³⁶.

Segundo o autor, dentre as liberdades que afetam apenas ao próprio indivíduo e aqueles que com ele consentem, encontram-se a liberdade de consciência, a liberdade de gostos e ocupações, a liberdade de associação e de reunião e *a liberdade de dispor o plano de vida de acordo com o próprio caráter* e agir segundo a própria consciência, suportando as consequências destes atos, independentemente da opinião alheia sobre eles ¹³⁷.

Evidentemente, uma sociedade minimamente republicana e democrática exige o respeito a essas liberdades, não havendo razões para que exista excessiva intervenção moral e estatal sobre as escolhas familiares e coexistenciais do indivíduo, que figuram entre o rol de liberdades mencionado por Mill, sem que haja uma justificativa plausível para essa coerção na

¹³⁵ “*That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others*”. Tradução livre: “O único propósito com o qual o poder pode ser exercido legitimamente sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é para prevenir o prejuízo a outrem”. *Ibidem*, p.22-23.

¹³⁶ Neste momento, a análise baseia-se apenas em relações coexistenciais legítimas, que não envolvam interesses de incapazes e tampouco situações patológicas de violação a direitos e garantias fundamentais ou mesmo à boa-fé, questões que serão reservadas para análise oportuna, nos capítulos seguintes. O próprio Stuart Mill ressalta a necessidade de que tal consentimento seja “*livre, voluntário e esclarecido*”. *Ibidem*, p. 26-27.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 27-28.

sociedade hodierna, que enaltece, ao menos em discurso, a tolerância, a isonomia e o respeito ¹³⁸.

Sobre a liberdade do sujeito em estabelecer os próprios planos de vida como bem lhe aprouver, afirmava Stuart Mill, com grande propriedade, que *“a humanidade tem mais a ganhar suportando que os outros vivam como bem lhes parece do que os obrigando a viver como bem parece ao resto”* ¹³⁹.

Infelizmente, conforme o previsto por Stuart Mill, e pode ser facilmente observado na sociedade atual, a forte intervenção da regulamentação jurídica, das autoridades públicas e da moral social, sobre a vida particular do indivíduo, sobretudo na esfera pessoal familiar, persiste e luta obstinadamente contra qualquer iniciativa que busque amenizá-la.

Na realidade, a tolerância com relação à diferença é algo que se impõe, sobretudo na esfera pessoal ou existencial, em que surgem mais divergências ¹⁴⁰.

Neste sentido, o indivíduo deve ser livre para realizar as escolhas referentes à sua vida, ao seu plano de existência, devendo se submeter ao crivo exclusivo de sua própria consciência, o que se mostra essencial para que ele possa desenvolver adequadamente a sua natureza intelectual e moral, mas, para tanto, deve também ser assegurada a liberdade de agir segundo as suas opiniões, por sua própria conta e risco, sem sofrer interferências de outrem ¹⁴¹. Isso porque, sem tal liberdade, o indivíduo é incapaz de desenvolver sua própria subjetividade.

No entanto, o autor faz uma ressalva quanto às maiores restrições a que se submete essa liberdade específica, principalmente quando ameaçar ou lesar os direitos alheios. Neste sentido, a individualidade deve vigorar em todos os aspectos que não afetem os interesses alheios, a não ser que haja o seu consentimento ¹⁴².

¹³⁸ Observa-se que Stuart Mill vai ainda mais longe ao afirmar que as referidas liberdades devem ser absolutas e sem reservas, desde que não afetassem direitos alheios, contudo, conforme se infere do próprio constitucionalismo moderno, todas as formas de liberdade necessitam de recortes, restrições, as quais devem ser, porém, justificadas e legitimadas com base em outros princípios fundamentais. Aqui, mais do que simples recortes, sustenta-se que a liberdade afetiva, por interferir na esfera existencial da pessoa, exige uma atuação protetiva e positiva do Estado, que tem o dever de garantir o seu regular exercício pelos titulares desse direito fundamental da personalidade, o que será devidamente delineado no capítulo seguinte.

¹³⁹ *“Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seem good for themselves, then by compelling each other to live as seems good to the rest”*. *Ibidem*, p. 29. Não admitia, portanto, a regulamentação social e estatal sobre todos os aspectos da vida privada do indivíduo, impondo-se a ele seus padrões de conduta pelo mero fato de serem correspondentes aos valores dominantes, o que verificara ser muito comum nas questões pessoais, existenciais, relacionadas às particularidades individuais.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 91-92.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 107.

¹⁴² *“Where not the person’s own character, but the traditions or customs of other people are the rule of conduct, there is wanting one of the principal ingredients of human happiness, and quite the chief ingredient of individual and social progress”*. Tradução livre: Quando a regra de conduta não é o caráter da própria pessoa,

Sem afastar a importância das influências sociais na formação do caráter, o autor afirma que a liberdade individual de ação possui um valor intrínseco, porque permite à pessoa realizar as suas aspirações, de acordo com sua convicção e nada mais, viabilizando o desenvolvimento de sua personalidade ¹⁴³.

Cumprido ressaltar que essa preocupação com a liberdade de escolha, refletida por Stuart Mill, não é estritamente individualista, ou egoística, uma vez que sempre salienta a necessidade de respeito ao bem alheio, a seus interesses e a seus direitos. Não causando prejuízos a outrem, a não ser a indignação, o indivíduo é livre para fazer as escolhas que bem entende, sobretudo na esfera pessoal privada, tal qual a familiar.

De fato, não parece aceitável submeter a pessoa a um único modelo ou padrão de vida, considerando-se que cada indivíduo possui características que o tornam único, seja com relação a seus gostos, sua formação intelectual, seu caráter moral, pelo que deve ser livre para escolher um estilo de vida mais adequado aos seus interesses e que o auxilie a se desenvolver enquanto pessoa.

Nesse caso, a liberdade apenas deixa de existir quando a atuação viola um dever específico em relação a outrem ou, ainda, causa lesão ou perigo de lesão definida a direitos alheios, individuais ou públicos, dando lugar à reprovação legal ou moral ¹⁴⁴. No entanto, nas questões que não se encaixam nessas hipóteses, não cabe a censura à prática dos atos pela pessoa, por parte da sociedade e, tampouco, pelo Estado.

Nessas esferas não se concede o direito a ninguém de impor suas crenças e valores àqueles que assumem posicionamentos diferentes dos seus, agindo de acordo com suas próprias convicções, principalmente quando há consenso das pessoas diretamente afetadas por essas escolhas, sem que ocasionem qualquer tipo de prejuízo.

Um caso extremo, em que se admitiria o cerceamento da liberdade é justamente quando a autorregulamentação dos próprios interesses pelos indivíduos viola as normas de ordem pública do país, ou seja, fere os direitos e garantias fundamentais estatuídos pelo ordenamento jurídico – a pessoa não pode se utilizar de sua liberdade para abdicar dela ¹⁴⁵.

Nesse caso, ainda que o autor não se tenha referido expressamente a essas circunstâncias, a ponderação de princípios permite seja restringida a liberdade individual para

mas as tradições e costumes alheios, falta um dos principais ingredientes da felicidade humana e talvez o principal ingrediente do progresso individual e social. *Ibidem*, p. 109.

¹⁴³ Em bela passagem de sua obra, Stuart Mill afirma que o pleno desenvolvimento da individualidade da pessoa, ou seja, de sua personalidade como se concebe atualmente, torna-a mais valiosa para si própria e também para os demais, garantindo não apenas a sua felicidade como a daqueles que estão ao seu redor. *Ibidem*, p. 121.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 158

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 197-200.

o fim de proteger outro princípio que se revele, no caso concreto, de maior importância, como a dignidade humana ou o melhor interesse dos incapazes.

Deve-se dizer, ainda, que Stuart Mill também possuía uma concepção bastante liberal sobre a família, principalmente se for levada em consideração a racionalidade da época. Neste sentido, Mill se mostrava favorável ao divórcio por incompatibilidade de gênios, bastando a declaração de ambos os cônjuges de sua vontade em desconstituir o plano de vida ¹⁴⁶.

Interessante observar, ainda que Mill já demonstrava, à época, certa preocupação com os interesses dos menores envolvidos na relação familiar, afirmando que embora não haja interferência desses interesses na possibilidade legal do divórcio, eles influenciam fortemente a esfera moral atrelada a essa liberdade – isso porque, nessa hipótese em especial há ameaça de lesão a interesses alheios de incapazes, mas não se pode dizer que a existência dessa ameaça anule a liberdade dos cônjuges em se verem separados.

Verifica-se, assim, a importância do ponto de vista de Mill a respeito da liberdade, cujo conceito por ele desenvolvido abrange, de certa maneira, uma perspectiva existencial que se aproxima daquele que se pretende estabelecer no presente trabalho, com as necessárias ressalvas, a fim de afastar qualquer anacronismo.

De todo o modo, o conceito de liberdade por ele desenvolvido é interessante em uma perspectiva existencial, na qual, em regra, estão envolvidos interesses privados da pessoa, nos quais não cabe ao Estado, ou mesmo à sociedade, se imiscuir.

Considerando-se a atual racionalidade do direito de família, estreitamente vinculada ao princípio da dignidade humana e à realização da felicidade de seus membros, não parece plausível a interferência injustificada da sociedade e do Estado nesta seara, a menos que seja para a sua proteção.

Com efeito, atualmente, na esfera estritamente privada, as únicas intervenções plausíveis se referem à impossibilidade de violação dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, direitos e garantias fundamentais de terceiros e das próprias pessoas envolvidas, bem como do melhor interesse da criança e do adolescente.

Necessário, contudo, estabelecer os instrumentos de proteção jurídica para que essa liberdade de escolha seja tutelada e possa ser idônea à produção de efeitos jurídicos na seara existencial familiar, conforme se verá no capítulo seguinte.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 200-201.

Antes disso, porém, faz-se necessário realizar uma breve análise do conceito substancial de liberdade, considerando-se que a liberdade jamais será efetiva sem que existam condições materiais que a tornem realizável pelas pessoas.

2.3 A LIBERDADE SUBSTANCIAL DE AMARTYA SEN E O CONCEITO DE LIBERDADE AFETIVA EXISTENCIAL NA FAMÍLIA

Conforme foi possível observar ao longo da análise dos marcos teóricos da liberdade moderna, muito embora o conceito de liberdade negativa seja importante e imprescindível para o exercício da subjetividade, ele não é suficiente para que o indivíduo possa efetivamente realizar as suas aspirações pessoais e, com isso, desenvolver a sua personalidade, na esfera existencial.

Por isso, revela-se fundamental uma compreensão mais ampla da liberdade, em toda a sua complexidade, pelo que não se pode deixar de considerar a sua dimensão positiva.

Observe-se, nesse sentido, que não basta aos indivíduos a capacidade de agirem nas suas relações interprivadas sem coerção estatal, é necessário também um sistema efetivo de proteção e de garantia dos direitos individuais que decorrem do exercício de liberdade, seja no plano existencial ou patrimonial, pois a tutela jurídica eficaz configura uma das condições materiais para que a pessoa possa, efetivamente, realizar escolhas.

Isso significa que a imposição, pela lei, de modelos padrão, principalmente na esfera familiar, implica na eliminação injustificada de condições materiais para o exercício pleno da subjetividade pelo indivíduo, principalmente no que diz respeito à escolha do arranjo familiar, em que se deseja viver, independentemente das escolhas e valores preestabelecidos ¹⁴⁷.

É, por isso, que, em um primeiro momento, a participação democrática das pessoas na elaboração da lei é importante, a fim de que a diversidade de valores existente na sociedade seja, ainda que minimamente, refletida no direito ¹⁴⁸.

Porém, isso não é suficiente, pois a complexidade social nunca será completamente acolhida nos estritos limites da disposição legal, assim, seria necessário o reconhecimento da produção de efeitos jurídicos às relações coexistenciais familiares, existentes na realidade fática, de maneira aberta, com disposições meramente exemplificativas.

¹⁴⁷ Madaleno, Rolf. *Op. cit.* p. 5-7.

¹⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 96.

Ante a impossibilidade de regramento legal de toda a diversidade existente na realidade da vida, é importante que seja reconhecida a liberdade positiva das pessoas, de regulamentar as relações coexistenciais familiares de acordo com os seus interesses.

Em outras palavras, considerando-se a importância da pessoa para o direito hodierno, e, ainda, que as famílias exercem papel fundamental na constituição de seu caráter, não há como afastar a possibilidade de reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, dessas manifestações de liberdade coexistencial e de autodeterminação das pessoas que as integram, concedendo-lhes a proteção de que necessitam.

Isso porque, nos termos acima expostos, não há motivos para que o Estado afaste a possibilidade de exercício, pelas pessoas, da liberdade positiva de escolha na formação das entidades familiares, e, tampouco, para que realize intervenções indevidas nas escolhas realizadas a esse título, principalmente quando seu único objetivo for restringi-las para adequar as pessoas aos padrões sociais.

Neste sentido, importante reiterar que o escopo do direito e do Estado brasileiro deixou, com a Constituição da República de 1988, de ser a normalização e estabilização social, e passou a ser o alcance da dignidade humana das pessoas.

Por essa razão, o Estado, além de negar a ilicitude das entidades familiares cuja constituição não se encaixe no elenco legalmente previsto, deve – no âmbito da liberdade positiva – garantir a sua proteção, considerando-se que tais núcleos familiares são decorrentes da autodeterminação e normatização da vida das próprias pessoas que os compõem.

Entretanto, não se pode dizer que a atuação do Estado não possa existir, considerando-se que, embora o ambiente familiar seja essencialmente privado, possui conexão com o público, em razão da própria fundamentalidade dos valores nele envolvidos

149 .

Deve-se salientar, a esse respeito, que é o poder estatal, por meio do direito, que formula as garantias e as proteções a serem oferecidas às pessoas que integram a família, como os direitos sucessórios, os direitos patrimoniais decorrentes da separação, o direito de guarda e de visita aos filhos, etc.

Além disso, a regulamentação jurídica e a intervenção do Estado também se faz necessária para evitar as violações aos preceitos constitucionais, em todo e qualquer ramo, seja público ou privado.

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 34-35.

No entanto, nem mesmo uma visão conjunta das liberdades positiva e negativa é bastante para garantir às pessoas a plena capacidade do exercício de escolha no âmbito existencial-familiar.

Para tanto, importa o conceito de liberdade substancial desenvolvido por Amartya Sen, teórico da economia considerado liberal igualitário, que apontou, em sua obra *Desenvolvimento como liberdade*¹⁵⁰, a importância da existência de condições materiais para que as pessoas possam, de fato, ser livres.

Isso porque a mera proclamação da liberdade, em suas dimensões positiva e negativa, é irrelevante se as condições materiais para o seu exercício não estiverem presentes – daí a denominação, enfatizada por Sen, de liberdade *substancial*, ou material, que existe concretamente.

Segundo Amartya Sen, as liberdades nos mais diversos âmbitos – político, econômico, social, etc. – influenciam-se reciprocamente e são instrumentais para o desenvolvimento da pessoa, porque permitem que ela realize em sua vida o que mais valoriza¹⁵¹. Neste sentido, o autor afirma, inclusive, que um relacionamento afetivo bem sucedido é algo a que muitas pessoas aspiram, mas nem todas possuem as condições materiais de alcançá-lo, mesmo porque, para tanto, é necessária a liberdade de afeto em uma proporção suficiente que torne a aspiração realizável e tangível.

A própria liberdade não é um fim em si, e sempre possui a finalidade de proporcionar à pessoa a escolha dos meios para alcançar algum dos seus objetivos de vida, de modo que a liberdade afetiva possui como escopo a felicidade da pessoa que a exerce, mas apenas pode ser efetivamente alcançada se o direito viabilizar os meios e a proteção necessária para que a pessoa tenha as condições materiais exigidas para o seu exercício.

Para tanto, o direito, por meio do reconhecimento e da tutela jurídica das diferentes formas familiares, pode ampliar substancialmente as possibilidades de escolha das pessoas nessa seara, sem embargo das outras condições que também podem ser úteis para a concretização da verdadeira liberdade. Entre as outras circunstâncias que devem ser consideradas, nesse viés, estão a igualdade das condições de vida e até mesmo a felicidade individual¹⁵², considerando-se que a liberdade possui especial importância porque viabiliza o

¹⁵⁰ Sen, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

¹⁵¹ Segundo o autor, isso ocorre porque quanto maior a liberdade, em sentido amplo, maiores são as oportunidades de escolha disponibilizadas à pessoa. *Ibidem*, p. 25-26.

¹⁵² *Ibidem*, p. 41.

“*enriquecimento da vida*” da pessoa ¹⁵³, e quanto maior o rol de direitos, oportunidades e entitamentos disponível, maior será a sua liberdade para realizar-se plenamente.

Ainda de acordo com o autor, a liberdade global de viver de acordo com as próprias aspirações depende do conjunto de alternativas garantidas e tuteladas pela lei, o que indica que o Estado impõe tolerância e respeito por parte da sociedade, à escolha realizada pelos indivíduos ¹⁵⁴.

Tal entendimento é extremamente importante porque demonstra a relevância do papel do Estado na concretização da dignidade humana das pessoas, pois a restrição excessiva, pelo Estado, das oportunidades de escolha, no âmbito afetivo, implica privação injustificada de liberdade e na negação às pessoas dos resultados favoráveis advindos da constituição de uma relação familiar nos moldes por elas desejados.

Observe-se que a família enseja efeitos positivos ao desenvolvimento da pessoa, pelo que a imposição de restrições excessivas enseja a produção de mais malefícios à sociedade do que a simples aceitação de modelos distintos dos tradicionais.

Cabe, portanto, às pessoas decidir se desejam constituir uma relação coexistencial familiar de uma forma específica, decorrente do exercício da liberdade positiva afetiva, ou submeter-se aos modelos tradicionais ¹⁵⁵.

Em outras palavras, a família constituída fora dos modelos padronizados pelo Estado deverá ser considerada legítima, devendo-se salientar, desde logo, ser necessário, para tanto, que a forma familiar deve ter sido aceita por todos os seus componentes e não pode implicar em violação aos preceitos axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro.

Para o autor, tanto as liberdades formais (*liberties*) como as liberdades substanciais (*freedoms*), permitem à pessoa realizar as coisas que mais valoriza em sua vida, pois são capacidades individuais que corroboram para o desenvolvimento pleno da pessoa, para o qual confluem a felicidade, a fruição e a não violação de direitos reconhecidos, a tutela jurídica dos interesses existenciais, a qualidade de vida e muitos outros fatores.

Considerando-se a essencialidade dos aspectos existenciais, para a pessoa, é evidente que a liberdade que os possua como conteúdo deve ser negativa – de modo a evitar a intervenção injustificada no âmbito privado da esfera familiar –, positiva – com a tutela e a

¹⁵³ *Ibidem*, p. 55.

¹⁵⁴ “O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas”. Sen, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010, p. 57 e 77.

¹⁵⁵ “Havendo indícios de conflito real entre a preservação da tradição e as vantagens da modernidade, é necessário uma resolução participativa, e não uma rejeição unilateral da modernidade em favor da tradição imposta por dirigentes políticos, autoridades religiosas ou admiradores antropológicos do legado do passado”. *Ibidem*, p. 50.

eficácia jurídica das manifestações de autorregulamentação dos interesses dos membros da família, principalmente na escolha do arranjo familiar a ser adotado -, e, por fim, substancial – no sentido de que deve ser oferecida não apenas a oportunidade do exercício da liberdade, em seu amplo sentido, como também, os instrumentos, as condições materiais, a fim de viabilizar a concretização dessa liberdade.

E, assim, verifica-se a interdependência entre as três formas de liberdade, uma vez que a liberdade positiva envolve a tutela jurídica a ser concedida, pelo Estado, à normatividade decorrente da própria relação estabelecida pelos envolvidos, no que diz respeito, inclusive, ao modelo familiar a ser adotado – o que, por versar unicamente sobre interesses privados encontra-se dentro da esfera de permissividade da lei – nos limites da liberdade negativa.

Ao mesmo tempo, a simples existência de tutela jurídica e da possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a essas relações extramatrimoniais constitui, por si só, em incremento de liberdade, pois lhes fornece as condições materiais necessárias ao exercício da autonomia na esfera familiar.

Necessário destacar que a liberdade positiva apenas pode ocorrer se não houver violação da lei e das normas imperativas de ordem pública, e, além disso, não se admitem violações injustas aos direitos de terceiros, na ótica de não violação já desenvolvida por Berlin e, principalmente, por Mill.

Isso significa que o direito deve deixar aos indivíduos uma esfera na qual possam realizar livremente a sua vontade, de acordo com a sua razão subjetiva, de modo a permitir a plena realização de sua personalidade, em atenção ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana ¹⁵⁶.

Por óbvio, o exercício de tal liberdade quanto aos aspectos existenciais da vida do indivíduo, principalmente quando relacionados às relações coexistenciais familiares, demanda um cuidado muito maior do que quanto aos aspectos meramente patrimoniais, não sendo suficiente a mera impossibilidade de lesão a direitos alheios, conforme Mill estabelece ao longo de toda a sua doutrina.

Assim, é bastante razoável admitir que o Estado tenha a possibilidade de intervir sobre as relações familiares, mas tão somente para proteção da intersubjetividade e dos

¹⁵⁶ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é o “valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”. SARLET. Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

próprios direitos e garantias fundamentais ¹⁵⁷, exercendo, quanto a elas, maiores limitações à liberdade do que as que seriam admissíveis na esfera patrimonial. Contudo, essas limitações devem estar atentas a toda a racionalidade axiológica envolvida, e não simplesmente visar o estabelecimento de padrões morais de conduta.

A rigor, inexistindo vedação legal, todos, sem distinção, poderiam exercer essa liberdade positiva, como um direito formalmente assegurado, contudo, assim como a igualdade deve ser considerada também em seu aspecto material, a liberdade positiva apenas pode ser efetivamente exercida se forem asseguradas, ao indivíduo, condições materiais, ainda que mínimas, para esse exercício.

Portanto, é possível sustentar que a liberdade positiva também pode versar sobre questões existenciais da pessoa, mesmo porque é justamente nelas, situações tão íntimas da vida de cada um, que a pessoa encontra maiores interesses em realizar escolhas particulares, próprias de sua subjetividade, sem sofrer intervenções alheias.

Neste sentido, o aspecto existencial, que envolve questões intrinsecamente vinculadas à própria personalidade individual, revela, com ainda mais força, a necessidade do reconhecimento e da tutela das escolhas realizadas em relação ao plano e destino de vida, porquanto elas são essenciais para a concretização, pela pessoa, de suas aspirações mais íntimas, nas quais, ao menos em princípio, não cabe ao Estado ou à sociedade, se imiscuir ¹⁵⁸.

Deve-se ressaltar, entretanto, a imprescindibilidade de tutela jurídica efetiva, pois, do contrário, a liberdade positiva nada mais é do que uma promessa, sem sanção, firmada entre as partes, cujo descumprimento não viabiliza a exigibilidade jurídica pela parte lesada.

E é justamente isso que ocorre na disciplina jurídica da família, no que diz respeito à constituição das entidades familiares.

Isso porque o vácuo, atualmente existente, de regulamentação jurídica da família pela lei – que não proíbe e, tampouco, protege – permite que as pessoas estabeleçam relações familiares diferenciadas, e que não se encontram no rol previsto pela Constituição da República, sem que a elas sejam reconhecidos os direitos que seriam cabíveis ao término dessas mesmas relações ¹⁵⁹ - em outros termos, a própria ausência de regulamentação jurídica específica pode, também, implicar em restrições à liberdade.

¹⁵⁷ MADALENO, Rolf. *Op. cit.* p. 39-41.

¹⁵⁸ LÔBO, Paulo. *Op. cit.* p. 69-70.

¹⁵⁹ Conforme Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, “o discurso de liberdade como autonomia acaba por ser, simultaneamente, o discurso que nega a proteção jurídica a expressões de liberdade que não estejam contempladas pelo ‘a priori’ da regra jurídica”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro, RJ: GZ, 2011, p. 131.

Dessa maneira, verifica-se que ainda persiste uma mácula do passado, marcada pelo excessivo controle moral da sociedade e do Estado sobre a família, que apenas poderá completamente revertida com o reconhecimento da liberdade, em sua dimensão formal, material e positiva, como um princípio não apenas aplicável a este instituto jurídico, mas que deve ser efetivamente valorizado, promovido e, ainda, tutelado, para que se torne verdadeiramente factível.

De fato, a função da família hodierna, conforme já visto, fundamenta-se nos valores e princípios constitucionais, o que implica na necessidade de modificação não apenas no que diz respeito à racionalidade envolvida neste instituto jurídico, em específico, mas também de toda a disciplina jurídica na qual ele se insere, do contrário, os preceitos constitucionais jamais serão concretizados.

Essa nova disciplina jurídica que se impõe, mais complexa e aberta, permitirá que a família possa, de maneira mais eficaz, realizar as funções que hodiernamente lhe são atribuídas, por meio da aproximação do direito com a realidade da vida, consoante a análise desenvolvida no capítulo seguinte.

3 A FAMÍLIA HODIERNA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Até meados do século XX, a família sofreu excessiva influência dos poderes da sociedade burguesa dominante, com uma verdadeira opressão do Estado e dos padrões morais sociais sobre as relações intersubjetivas familiares, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, elas eram consideradas como ambientes estritamente privados.

Nos dias atuais, felizmente, com a repersonalização das relações de família ¹⁶⁰, as pessoas que a integram, bem como seus interesses pessoais, encontram-se mais amparadas pelo direito, muito embora a família continue a sofrer interferências dos discursos do poder das mais diversas fontes, que mantêm a mesma pretensão de impor valores, porém, se revelam de maneira mais disfarçada e pulverizada que outrora.

Neste viés, a expressão jurídica da família, consagrada no século XXI, também não se revela como um espaço de ampla possibilidade de exercício da liberdade. Isso porque o

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-22.

direito infraconstitucional vigente apenas disponibiliza mais alternativas à escolha das pessoas, em comparação à unicidade do modelo matrimonial anteriormente existente, sem, contudo, se adequar aos princípios constitucionais que regulamentam a família, ignorando a possibilidade de exercício da liberdade positiva na constituição das entidades familiares.

Pode se dizer, portanto, que os princípios constitucionais da pluralidade das formas de família e da igualdade de gênero foram indispensáveis para alterar a realidade discriminatória anteriormente existente, todavia, sua regulamentação jurídica, pensada para a racionalidade vigente em outra época, não se mostrou suficiente para fazer com que a família se tornasse, efetivamente, o lugar ideal das realizações pessoais de seus membros ¹⁶¹.

Esse é um aspecto muito importante, que merece ser ressaltado, pois a família hodierna deve – ou, ao menos, deveria – propiciar um ambiente coexistencial em que a pessoa possa se identificar enquanto tal, com o efetivo desenvolvimento não só de sua personalidade, como também de sua dignidade.

Contudo, a despeito de todas as modificações que se impuseram ao direito ao longo dos últimos séculos, muitas entidades familiares ainda se encontram à margem de uma tutela jurídica adequada, o que demonstra a imprescindibilidade de uma alteração de racionalidade não apenas do ponto de vista social, como também da própria disciplina jurídica da família, estatuída na legislação infraconstitucional.

As uniões homoafetivas, por exemplo, foram, por muito tempo, ignoradas, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, refletindo as discriminações socialmente existentes com relação a essas formas de família, como se a marginalização pelo direito fosse, de fato, impedir sua existência ¹⁶².

Essa mácula do conservadorismo exacerbado no âmbito familiar, típico da modernidade oitocentista, continua a revelar as suas faces até os dias atuais, pretendendo manter a antiga imposição autoritária dos padrões morais a serem rigorosamente seguidos pelas pessoas, juntamente com a exclusão das entidades familiares extramatrimoniais do âmbito de proteção jurídica.

Olvida-se, entretanto, que o cerceamento da liberdade existencial das pessoas, como ocorria outrora, com a imposição expressa e autoritária, pela sociedade dominante, e, conseqüentemente, pelo Estado, da maneira pela qual devem relacionar-se afetivamente, não mais se revela plausível diante dos atuais preceitos constitucionais.

¹⁶¹ *Id.*, p. 17.

¹⁶² Felizmente, tal realidade foi recentemente modificada por meio do julgamento da ADI n.132 e da ADPF n. 12247 pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do qual foram reconhecidos à união afetiva, os mesmos efeitos da união estável.

A esse propósito, há de se reiterar que o direito hodierno atribui especial atenção e proteção à pessoa, motivo pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a dignidade humana como seu principal escopo, elevando este princípio fundamental ao ápice de todo o sistema jurídico.

Evidentemente, essa escolha se reflete no direcionamento, do sistema jurídico como um todo, para o resguardo da dignidade humana ¹⁶³, incluindo-se nessa ideologia a própria família, que passou a deter especial relevância, em razão de sua importância na promoção da personalidade da pessoa.

Tanto é assim, que atualmente é possível dizer que a família possui uma função específica, direcionada à realização pessoal daqueles que a integram, justamente no intuito de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, por meio da plena realização do afeto, que hoje pode ser considerado seu principal valor jurídico ¹⁶⁴.

Nessa toada, a família é o primeiro espaço coexistencial de uma sociedade, com o qual o indivíduo, recém-nato, tem contato e passa a desenvolver sua personalidade, dentro da rede de intersubjetividade que se forma entre os componentes da família.

Pode-se dizer, por conseguinte, que a família inicia o processo de individualização da pessoa, bem como fornece a primeira noção de identidade coletiva, mesmo porque ninguém é capaz de constituir sua subjetividade e personalidade isoladamente ¹⁶⁵. Para tanto, revela-se essencial a presença de outras pessoas, que irão auxiliar o indivíduo a compreender o mundo que o circunda, as maneiras de interagir com outras pessoas, a se alimentar, a se vestir, bem como a conviver na sociedade em que nasceu.

Por outro lado, concomitantemente, a família tampouco se forma sem a presença dos indivíduos que a constituem, podendo-se dizer, portanto, que tanto a família quanto as pessoas que a compõem influenciam-se mútua e reciprocamente, configurando-se uns aos outros.

É justamente em razão dessa confluência e interdependência entre a individualidade e a intersubjetividade ¹⁶⁶ que cada entidade familiar assume características próprias, a

¹⁶³ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é o “*valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais*”. SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

¹⁶⁴ Paulo Lôbo, inclusive, descreve a afetividade como o paradigma que estabelece a função atual da família. Cf. *Op.cit.*(2011), p.17.

¹⁶⁵ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

¹⁶⁶ Afirma Elias: “*O que é moldado pela sociedade também molda, por sua vez: é a autorregulação do indivíduo em relação aos outros que estabelece limites a autorregulação destes*” (p. 52). Além disso, sustenta que “*Somente através de um processo social de moldagem, no contexto de características sociais específicas, é que a pessoa desenvolve as características e estilos comportamentais que a distinguem de todos os demais membros de sua sociedade*”. *Ibidem*, p. 56-57.

depender das especificidades de seus componentes e das relações que desenvolvem uns com os outros.

Em uma analogia com o que ocorre no macroespaço da sociedade ¹⁶⁷, entendida de maneira ampla, no microespaço da família, ao mesmo tempo em que os indivíduos integrantes são constituídos pelas relações intersubjetivas formadas no âmbito da família, ela também é caracterizada pelas especificidades próprias de seus componentes, há relações recíprocas que permitem interferências mútuas e que implicam na criação de uma família única, formada por indivíduos únicos.

Assim sendo, as relações interpessoais revelam uma dinâmica que não pode ser aferida com a análise isolada dos indivíduos e, tampouco, de uma visão global da família, entendida como um todo. Isso porque o indivíduo desenvolve a si mesmo e a sua personalidade com base nas relações intersubjetivas das quais ele participa, assim como a família é, por elas, formada.

Neste sentido, a dimensão funcional da família é dúplice, permite aos indivíduos se autoconstituírem e desenvolverem sua personalidade, na medida em que eles, por meio das relações intersubjetivas que estabelecem, atendem as aspirações e interesses de todos ¹⁶⁸.

Pode-se dizer, portanto, que a tutela jurídica das entidades familiares deve alcançar essa realidade, e não ser direcionada à proteção da família, enquanto uma totalidade ou um ente coletivo abstrato, na antiga concepção institucionalista e transpessoal. Isso porque essa tutela apenas será efetiva quando resguardar os direitos das pessoas que integram a entidade familiar, assim como seus interesses existenciais e patrimoniais.

Da mesma maneira, não se pode admitir um exacerbado individualismo, a observância ao interesse existencial dos membros da família não pode prescindir, ao mesmo tempo, de uma análise intersubjetiva, de modo que os direitos de um não podem excluir o dos outros.

Exige-se, assim, que a tutela jurídica observe tanto os interesses individuais de cada um dos componentes da família, como também os decorrentes da relação de intersubjetividade e coexistencialidade no âmbito familiar, de modo a não resguardar os

¹⁶⁷ *Cj. Ibidem.*

¹⁶⁸ Neste sentido, Elias afirma que “(...) só pode haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos dentro dela gozarem de satisfação suficiente, e só pode haver uma existência individual mais satisfatória se a estrutura social pertinente for mais livre de tensão, perturbação e conflito” ELIAS, Norbert. *ibidem.* p. 27.

direitos de uns em detrimento dos de outros ¹⁶⁹, ou mesmo os interesses da família, abstratamente considerada, em detrimento das pessoas que a integram ¹⁷⁰.

Dentre esses interesses existenciais, encontra-se a própria liberdade existencial de escolha da entidade familiar a ser formada, que necessita de uma compreensão e proteção jurídica mais adequada à atual mobilidade ¹⁷¹ dos arranjos familiares.

Com efeito, a liberdade, seja no âmbito existencial, seja no patrimonial, apenas existe e pode ser compreendida enquanto tal em um espaço de intersubjetividade, o que significa dizer que os recortes feitos a esse direito fundamental se dão em razão da impossibilidade de violação dos direitos alheios ou de outros direitos fundamentais da própria pessoa, consagrados pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, a pluralidade inerente a qualquer sociedade exige, no mínimo, a tolerância ¹⁷² com relação às diferenças, o que se reflete também nas relações familiares ¹⁷³. Estas não apenas devem ser respeitadas, pela sociedade e pelo Estado, na manifestação da diferença, como também devem ser o espaço em que os indivíduos que a compõem possam exercer a sua liberdade existencial afetiva e, assim, realizar plenamente a si mesmos.

¹⁶⁹ Sobre a relação entre indivíduo e sociedade, interessante observar o seguinte excerto, que demonstra a impossibilidade de preponderância de um sobre o outro: *“Indivíduo e sociedade tais são os dois principais ângulos da geografia humana. Esses dois ângulos são, ao mesmo tempo, as suas duas necessidades (ananke). Uma não existe sem a outra. Mas há duas guerras nestas duas fronteiras: a guerra da opressão, que é a preponderância do Estado sobre o indivíduo; a guerra do individualismo, que é a supremacia do indivíduo sobre o Estado. Dois excessos de um único erro: falta de identidade moral entre ambos.”*. PASQUALINI, Alexandre. O Público e o Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O direito público em tempos de crise** – estudos em homenagem a Ruy Rubem Russchel. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 136.

¹⁷⁰ A família não é autônoma, pois subordina-se aos interesses coexistenciais de seus membros e cada um deles possui a plenitude desses interesses, pois todos possuem *“igual dignidade moral e jurídica”*, pautada na solidariedade e na comunhão de vida e de afeto. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 179.

¹⁷¹ Maria Berenice Dias sustenta que, no atual contexto, a família encontra-se em elevado grau de mobilidade quanto à sua configuração, dada a modificação imensurável de seu conceito base, decorrente das transformações ocorridas com a promulgação da Constituição de 1988. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 5ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

¹⁷² Segundo Fachin, a família hodierna é fundada em três pilares: a diversidade, a comunhão e a tolerância. *“Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que, respeitando o ‘outro’ edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco informado pela substância de sua própria razão de ser, e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidades e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões.”*. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 318.

¹⁷³ Já em 1984, Orlando Gomes defendia a existência de um “polimorfismo familiar” e da “pluralidade de convivência”, com a necessidade do reconhecimento de efeitos jurídicos à família de fato, pois, para ele, o casamento não era a única maneira idônea de se constituir uma família. GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 67-69.

Não se pode olvidar, inclusive, que a ideia de tolerância e de igualdade compõe o conceito de dignidade humana ¹⁷⁴, de modo que se pode dizer que, sem ela, a família não poderá, jamais, realizar plenamente a função que lhe foi constitucionalmente atribuída, qual seja, de promover a felicidade coexistencial e a realização da personalidade e da dignidade humana de seus membros.

Outrossim, a própria liberdade, entendida enquanto capacidade de autodeterminação, que abrange, também, a dimensão positiva delineada no capítulo anterior, também é um dos atributos essenciais da dignidade da pessoa humana, o que demonstra a sua relevância para que, também no plano familiar, a pessoa possa desenvolver-se plenamente.

Em outras palavras, viabilizar a possibilidade de escolha de formações familiares, para além das expressamente previstas incrementa a liberdade do indivíduo em escolher, de acordo com seu plano de vida, aquela que mais corresponde às suas aspirações pessoais, no plano existencial.

Pode-se, assim, dizer que o exercício da liberdade existencial de afeto é de primordial relevância para que a família se torne um instrumento efetivo de concretização da dignidade humana e de realização da personalidade de seus integrantes.

Contudo, não se pode olvidar que, para que esse escopo seja verdadeiramente alcançado, a própria disciplina jurídica da família deve ser vista de maneira diferenciada, de modo a contemplar a possibilidade concreta de exercício da liberdade existencial positiva de afeto, além de impor a tolerância e o respeito, por parte da sociedade, no que é pertinente às escolhas realizadas no âmbito familiar, sem o que a concretização da dignidade humana nunca será algo tangível.

Neste sentido, mesmo o princípio da pluralidade familiar, cuja importância para a própria construção do conceito de família hodierna é indiscutível, necessita de uma releitura, a fim de que possa se adaptar às mudanças axiológicas que constantemente ocorrem no plano concreto, e, com isso, tornar-se mais propício ao auxílio da promoção da dignidade humana, no âmbito familiar.

¹⁷⁴ Importante citar, sobre a dignidade da pessoa humana, o conceito desenvolvido por Maria Celina Bodin de Moraes, com base nos postulados filosóficos de Kant, em que aponta como aspectos intrínsecos fundamentais da dignidade humana a igualdade, a solidariedade, a integridade psicofísica e a liberdade: “*O substrato da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica da qual é titular; iii) é dotado de vontade livre de autodeterminação; iv) é parte do grupo social em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado*”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional do dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 85.

3.1 O PRINCÍPIO DA PLURALIDADE FAMILIAR E A DISCIPLINA JURÍDICA DA FAMÍLIA

Conforme foi possível depreender de toda a análise histórica anteriormente desenvolvida, ainda que possuam valor inestimável as mudanças que possibilitaram a superação da antiga racionalidade moderna, o direito não foi – e não é, pela via da previsão legal em abstrato – capaz de acompanhar as transformações que ocorrem constantemente no plano da realidade vivida, o que acabou por marginalizar as relações familiares que se encontram fora dos modelos expressamente previstos em lei, ou, ao menos, em criar dificuldades em seu reconhecimento e proteção, na esfera jurídica. E, por consequência, tal marginalização acaba por cercear a liberdade positiva das pessoas em escolher a entidade familiar na qual pretendem conviver.

Evidentemente, a exclusão das entidades familiares do âmbito de relevância jurídica é uma característica típica do modelo familiar oitocentista. Por longo período de tempo, essa foi uma realidade no direito de família, que, naquela época, apenas reconhecia como legítimo o modelo familiar do casamento, com a exclusão de quaisquer outras entidades familiares, mesmo que nelas fosse possível vislumbrar a existência de uma verdadeira relação de afeto, colaboração, mútua assistência e solidariedade, com nítido propósito de constituir uma comunhão plena de vida.

A Constituição de 1988, ao estabelecer o reconhecimento jurídico da união estável e da família monoparental ¹⁷⁵, assegurando-lhes o *status* de família, bem como a proteção jurídica – tal e qual anteriormente se concedia ao casamento – operou visível modificação de todo o sistema jurídico, admitindo, de certa maneira, a inserção, no plano de tutela jurídica, de um sem número de entidades familiares existentes empiricamente, mas que eram, simplesmente, ignoradas pelo direito.

Com a sua previsão expressa no texto constitucional, não mais foi possível, ao direito e aos operadores do sistema jurídico, ignorar a existência de famílias extramatrimoniais, ainda que o entendimento a respeito da pluralidade das entidades familiares fosse, em princípio, mais restritivo, englobando, de maneira taxativa, apenas a família monoparental e a união estável estabelecida entre homem e mulher.

¹⁷⁵ Sobre o assunto: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

No atual contexto, apesar de a Constituição da República ter ampliado o rol de entidades familiares juridicamente reconhecidas, não há consenso da doutrina sobre a possibilidade de reconhecimento jurídico de outras entidades para além daquelas expressamente previstas.

Neste sentido, parte minoritária da doutrina continua a entender pela taxatividade do rol constitucional, que não admitiria, portanto, qualquer interpretação extensiva da pluralidade familiar, a fim de abranger outras formas de família para além do casamento, da família monoparental, e da união estável.

Contudo, felizmente, o entendimento majoritário da doutrina ¹⁷⁶ – e a jurisprudência também parece caminhar nesse mesmo sentido – é de que as entidades familiares expressamente previstas pela Constituição Federal, constituem um rol meramente exemplificativo, o que significa dizer ser plenamente admissível o reconhecimento do *status* de família a outras entidades familiares emergentes do plano social, ainda que não estejam legalmente previstas, concedendo-lhes a mesma proteção e efetividade que se dariam à união estável, ao casamento e à família monoparental ¹⁷⁷.

Sem maiores delongas, do ponto de vista axiológico, esse parece ser o entendimento mais condizente com a *ratio* que, atualmente, informa a família, na medida em que amplia consideravelmente as alternativas disponíveis à escolha das pessoas que pretendem estabelecer uma família, viabilizando a eleição do modelo que lhes pareça mais adequado aos seus propósitos pessoais e coexistenciais.

É justamente por constituir a família um aspecto tão essencial da dimensão existencial do indivíduo, que se exige maior amplitude e flexibilidade da disciplina jurídica a respeito do tema, principalmente em relação a aspectos vinculados essencialmente ao formalismo. A família, portanto, está tão intrinsecamente vinculada à esfera íntima individual que não se revela razoável e, tampouco, legítima uma intervenção do legislador constituinte – e muito menos do ordinário, diga-se – a esse respeito.

Com efeito, o entendimento de que o rol constitucional é meramente exemplificativo ¹⁷⁸, implica em um incremento significativo de liberdade substancial na esfera existencial,

¹⁷⁶ Encontram-se aqui, as vozes de Paulo Luiz Neto Lôbo, Luiz Edson Fachin, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Ana Carla Harmatiuk Matos, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Silvana Maria Carbonnera, Rolf Madaleno, Ana Luiza Maia Nevares, entre outros.

¹⁷⁷ Sobre o assunto: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2012.

¹⁷⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo é firme em seu posicionamento a respeito do princípio da pluralidade familiar, ao defender não há qualquer hierarquia entre as entidades familiares e, ainda, que o rol disposto no art. 226 da Constituição Federal não constitui *numerus clausus*, sendo meramente exemplificativo. *Idem*.

pois, ao possibilitar a incidência de tutela jurídica também sobre outras entidades familiares, para além das expressamente previstas, fornece condições materiais para que as pessoas possam, efetivamente, escolhê-las.

No entanto, ao revés, conceber o princípio da pluralidade familiar com base na taxatividade do rol constitucional, implica em redução de liberdade, com a exclusão e a marginalização de todas as entidades familiares para além do casamento, da união estável e da família monoparental ¹⁷⁹, negando-lhes a proteção jurídica, em total desconsideração às pessoas e aos sentimentos de afeto, perdão, solidariedade, tolerância, típicos do viver em comum ¹⁸⁰.

Infelizmente, essa foi a postura adotada pelo Código Civil de 2002, que, apesar de promulgado em um momento em que o princípio da pluralidade familiar já havia sido bastante desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, não refletiu, como deveria, os preceitos normativos estabelecidos pela legislação constitucional.

Neste sentido, além de não conceder adequado amparo jurídico nem mesmo à família monoparental e à união estável, inferiorizando-as em face do casamento, no que diz respeito às entidades familiares extramatrimoniais, tais como a família anaparental ¹⁸¹, a família paralela ¹⁸² e a família reconstruída ¹⁸³, silencia absolutamente.

Observe-se que a interpretação restritiva da pluralidade das formas de família, ou mesmo a completa omissão da possibilidade de reconhecimento da natureza de família às entidades extramatrimoniais atípicas, faz com que essas entidades familiares, assim como inúmeras outras, prescindam de eficácia jurídica plena que as torne aptas a ensejar a produção

¹⁷⁹ Interessante citar, mais uma vez, Paulo Luiz Netto Lôbo, que enuncia diversas entidades familiares que não estão previstas constitucionalmente, pelo que estariam excluídas da tutela jurídica para aqueles que entendem pela taxatividade do rol constitucional, entre elas, “a união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais”; “pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica”; uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual”; “uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos”; “comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular”. *Idem*.

¹⁸⁰ VILLELA, João Batista. As novas relações de família. In: **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**. Foz do Iguaçu, Paraná, set. 1994, p. 645.

¹⁸¹ Esse arranjo familiar prescinde de vínculos de ascendência e envolve pessoas que podem possuir vínculo de parentesco, ou não, e são unidas por uma identidade de propósitos e pelo ânimo de estabelecer vínculo familiar permanente e estável e em que não há qualquer conotação sexual. É o caso, por exemplo, da família constituída tão somente por irmãos. MADALENO, Rolf. *Op. cit.* p. 9.

¹⁸² Configura-se com a constituição de união estável em que um ou ambos os companheiros encontram-se separados de fato, ou seja, mantém o vínculo formal do casamento com outra pessoa. Essa modalidade em específico encontra-se mais assentada no direito e, portanto, possuir maior tutela e eficácia jurídica.

¹⁸³ Envolve sempre a figura do padrasto ou madrasta e enteados. Essa família também pode ser denominada mosaica, pluriparental ou recomposta e se caracteriza por uma “estrutura familiar originada em um casamento ou união estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes tem filhos de um casamento ou uma relação precedente”. *Ibidem*, p.11

de efeitos jurídicos sucessórios ¹⁸⁴ ou mesmo direito a alimentos e previdenciários, desamparando completamente as pessoas envolvidas nessas relações e, ao mesmo tempo, cerceando, por conta da ausência de tutela jurídica, a liberdade das pessoas em escolher os arranjos familiares atípicos.

Isso, evidentemente, não pode ser admitido, mesmo porque a exigência correspondente à racionalidade atual do direito de família é do incremento da liberdade, tanto do ponto de vista formal – com a previsão expressa de alternativas juridicamente tuteladas – como do ponto de vista substancial, com a disponibilização de condições materiais que viabilizem o seu efetivo exercício.

Contudo, sem afastar a importância da dimensão formal ou substancial da liberdade, merece especial atenção, com relação às questões existenciais, a liberdade positiva, cujo incremento se impõe de maneira ainda mais clamorosa e evidente, na medida em que é ela que possibilita ao indivíduo realizar escolhas, por meio da capacidade de autodeterminação e autorregulação de seus próprios interesses.

Com efeito, ainda a este propósito, não se pode afastar a imprescindibilidade do incremento da liberdade positiva, pois seu exercício faz emergir, das relações jurídicas estabelecidas no plano existencial familiar, uma normatividade própria, escolhida pelas pessoas envolvidas de acordo com seus interesses existenciais.

Além disso, importa reiterar que essa liberdade existencial positiva é algo inerente à realidade da vida, ou seja, concretamente aferível, uma vez que, em consideração à pluralidade que cerca a própria sociedade, não se faz possível prever abstratamente todas as alternativas e possibilidades resultantes de seu exercício.

Em outras palavras, não há como descrever, formal e abstratamente, todas as entidades familiares que podem ser livremente estabelecidas pelos indivíduos, assim como não é razoável que se imponham parâmetros acerca dos efeitos e da normatividade decorrente das escolhas realizadas no âmbito coexistencial. Por este motivo, impõe-se a criação de uma nova disciplina jurídica da família, mais desvinculada do estabelecimento de hipóteses normativas abstratas.

¹⁸⁴ Apenas a atribuição testamentária é capaz de atribuir efeitos jurídicos sucessórios a essas relações coexistenciais e, ainda assim, não de maneira suficientemente ampla. Com relação à família recomposta não há previsão de direitos sucessórios e tampouco o estabelecimento de responsabilidade parental do padrasto e madrasta no melhor interesse de seus enteados. O único efeito decorrente dessa relação seria a possibilidade de adoção do patronímico, pelo enteado ou enteada, do padrasto ou da madrasta, com base na socioafetividade, o que foi reconhecido pela Lei 11924/2009, desde que com o consentimento de ambos os envolvidos. *Ibidem*.

Isso porque nem sempre os valores e efeitos estabelecidos por algumas pessoas ou pelo direito para a relação familiar são pretendidos por aqueles que escolhem uma entidade familiar diferenciada, mais adequada aos seus próprios interesses.

É justamente por tal razão que não se pode admitir qualquer padronização das entidades familiares estabelecidas faticamente em relação àquelas formalmente previstas pelo ordenamento jurídico, assim como o casamento, considerando-se que a identidade de efeitos jurídicos implicaria em imposição não desejada, e nem conveniente, de modelos às relações familiares, o que implicaria em intolerância e em cerceamento de liberdade ¹⁸⁵.

Evidentemente, por ser uma realidade fática, inerente à própria condição humana de ser social, a família não está adstrita aos modelos legalmente estabelecidos, possuindo uma configuração tão variável na realidade social, que sequer seria possível presumir que a lei pudesse, diante de sua cristalização no tempo e no espaço, definir todos os modelos existentes.

Da mesma maneira, não se vislumbra a possibilidade de que todos os efeitos possíveis sejam legalmente estabelecidos, pelo que se faz necessário que o direito acolha a normatividade decorrente das escolhas de vida dos membros da entidade familiar, mesmo porque seus efeitos se consolidam e se revelam com o transcurso do tempo ¹⁸⁶.

Sem embargo, a família hodierna configura-se de uma maneira tão dinâmica e modifica-se tão rapidamente, que é praticamente uma utopia a pretensão de estabelecer tipos legais de modo a defini-la em suas mais diversas características.

Não se pretende negar, contudo, o estabelecimento de um arcabouço legal próprio às entidades familiares, porém, não para fins de controlar o seu modo específico de ser, mas com o objetivo de oferecer-lhes a proteção e amparo legal, sem os quais a família deixa de promover as finalidades que lhe são atribuídas pela Constituição.

Observe-se que, diferentemente do que ocorria no passado, a família não mais está destinada a atender aos interesses da sociedade dominante, direcionando-se à plena realização da personalidade de seus membros, por meio do afeto e da felicidade existenciais, pelo que se

¹⁸⁵ Rechaçando a possibilidade de “equiparação” da união estável ao casamento, Maria Berenice Dias afirma que, segundo este entendimento, a união estável teria se tornado uma espécie de casamento por usucapião. Neste sentido, argumenta que a aplicação da mesma disciplina legal do casamento à união estável não considera as diferenças que existem entre essas duas formações familiares, eliminando, assim, qualquer hipótese de manifestação da vontade dos companheiros a esse respeito. Ainda segundo a autora, não parece ser legítima tal intervenção na vida privada familiar pelo Estado. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* (2009) p. 47.

¹⁸⁶ Neste sentido, deve-se dizer que os efeitos patrimoniais podem ser formalmente estabelecidos por meios de pactos de convivência, contudo, considerando-se que o direito brasileiro, em regra, não admite que a contratação de direitos e garantias fundamentais, em razão da indisponibilidade de seu conteúdo, a modulação dos efeitos existenciais das entidades familiares depende do exercício da coexistência, ao longo de determinado lapso temporal.

exige maior cautela com a regulamentação jurídica, que deve se desvincular completamente de quaisquer valores morais que importem em exclusão ou marginalização de famílias.

Na verdade, a disciplina legal incidente sobre as relações familiares deve ser mais ampla e flexível, a fim de abranger o maior número de modelos possível, ainda que, eventualmente, não se ajustem aos parâmetros legalmente estabelecidos, seja com relação a sua forma, seja com relação aos seus efeitos.

Verifica-se, assim, que a disciplina jurídica mais adequada às relações familiares deve, necessariamente, considerar o caráter específico de cada entidade familiar, eis que trazem consigo nítida natureza existencial, profundamente relacionada à intimidade da pessoa.

Por isso, o mais razoável não é a criação de modelos estanques e típicos de família para que as pessoas a eles se ajustem. Muito pelo contrário, com base na ideia de liberdade positiva desenvolvida no tópico anterior, parece ser muito mais adequado que a disciplina legal das entidades familiares deva se ajustar à formação familiar tal e qual escolhida por seus integrantes, considerando-se que são as suas aspirações existenciais e intersubjetivas que fundamentam a constituição da família, ao mesmo tempo em que integram a sua razão de ser, pois viabilizam o alcance da felicidade pelas pessoas envolvidas.

É justamente por tal razão que se sustenta ser admissível, nos casos em que não haja violação dos direitos e garantias fundamentais de terceiros ou dos próprios integrantes da entidade familiar, que as pessoas autorregulem, livremente, seus interesses na esfera familiar, aspectos estes nos quais não cabe a ninguém intervir ¹⁸⁷.

Esse entendimento decorre de uma simples interpretação sistemática do ordenamento jurídico à luz da Constituição. Isso porque a própria Lei Magna dispõe no *caput* do art. 226 que a família é a base da sociedade e, por este motivo, tem especial proteção do Estado.

Tal norma se refletiu no art. 1.513 do Código Civil Brasileiro de 2002, que, a despeito das críticas que lhe são, com razão, atribuídas, dispõe que nenhuma entidade pública ou privada tem o direito de intervir na esfera particular da intimidade familiar, consubstanciada na comunhão plena de vida instituída pela família.

Pode-se dizer, portanto, que, em observância aos princípios constitucionais que informam a família hodierna, com especial atenção à função desse instituto jurídico, o preceito normativo do art. 1513 do Código Civil – ao dipor sobre a impossibilidade de intervenção de terceiros – seja o Estado, sejam instituições particulares – na esfera da vida

¹⁸⁷ Trata-se de uma liberdade relativamente semelhante ao conceito desenvolvido por Mill, ao menos no que diz respeito à esfera de autorregulamentação de interesses que não pode ser alcançada por terceiros.

privada familiar – oferece às pessoas que integram a entidade familiar, um espaço de liberdade negativa.

Não parece exagerado sustentar, neste sentido, que, em razão dos valores jurídicos envolvidos na família atual, a interpretação desse dispositivo deve incluir a ideia de liberdade positiva, compreendendo-se a família como o local em que as pessoas podem autorregulamentar seus interesses, por meio da realização de escolhas sobre questões existenciais e intersubjetivas, que incluem não apenas a eleição do modelo de família no qual desejam viver, como também os seus efeitos, a serem modulados da maneira que melhor sirva à realização de seus interesses e aspirações.

No entanto, é importante consignar, a esse respeito, que a ausência de intervenção do Estado e da sociedade no âmbito familiar, não implica na consolidação de uma abstinência absoluta, pois o Estado não apenas pode como tem o dever de intervir para assegurar a aplicabilidade das normas e princípios constitucionais ¹⁸⁸, contudo, jamais pode se imiscuir em relações privadas de intersubjetividade familiar de maneira injusta e injustificada.

Neste sentido, a interferências nas relações privadas de natureza familiar apenas podem ser admitidas quando realizadas para promover a proteção e a tutela efetiva dos preceitos constitucionais, que se revelem, em um juízo de ponderação, tão ou mais importantes que o princípio da liberdade – entendida, aqui, em sua dimensão existencial afetiva.

Além disso, deve-se esclarecer que a liberdade positiva mencionada não assume o caráter individualista ¹⁸⁹, assim como normalmente ocorre na esfera patrimonial, pois, seu exercício apenas pode ser admitido na medida em que respeitar a liberdade e demais direitos dos outros membros da família e também de terceiros, em absoluta conformidade aos preceitos constitucionais, sobretudo os princípios fundamentais da igualdade, da dignidade ¹⁹⁰

¹⁸⁸ Segundo Luiz Edson Fachin, o Estado deve ser forte o suficiente para assegurar a observância dos princípios e direitos fundamentais e, ao mesmo, tempo, fraco o bastante para não obstaculizar aos indivíduos, em suas relações privadas, a realização de suas aspirações coletivas e pessoais. FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* (2003), p. 309.

¹⁸⁹ A ideia é que convivam harmonicamente, dentro da comunidade familiar, os interesses coletivos decorrentes da discussão conjunta entre os membros da família, assim como os interesses essenciais manifestados pelos seus membros de forma individual, relativamente a sua pessoa, com especial atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente. OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. **Direito de família: direito matrimonial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990, p. 15-16.

¹⁹⁰ Segundo Tepedino, a tutela privilegiada da família é condicionada ao atendimento da dignidade da pessoa humana, “*Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.*”. TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372-373.

humana e também da solidariedade, mesmo porque a ausência de consideração pelo outro afastaria completamente a razão de ser da família e do próprio direito, em sua atual concepção.

É justamente com base nesta perspectiva, de liberdade existencial direcionada à plena realização do afeto e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana, que deve ser compreendido o princípio da pluralidade familiar, em uma dinâmica que envolve a possibilidade de escolha do arranjo familiar que se deseja viver, e impõe, ao mesmo tempo, o estabelecimento de uma disciplina jurídica da família que admita e tutele a regulamentação dos efeitos a serem produzidos pela relação familiar consolidada, pelos próprios integrantes da família, por meio do exercício da liberdade existencial de afeto, em sua dimensão positiva.

3.2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA FAMÍLIA

Primeiramente, conforme foi possível observar ao longo do presente trabalho, desde o relato histórico, a família não é algo estático, ela sempre está em constante transformação, adaptando-se às mudanças que ocorrem no contexto social no qual se insere.

Em razão dessa dinamicidade, considerando-se que a família é, sempre, uma realidade fática a ser reconhecida pelo direito, não se vislumbra a possibilidade de sua formatação por meio de elementos rígidos cristalizados em regras jurídicas, mesmo porque, em breve período de tempo, elas se tornariam anacrônicas.

Por isso, os elementos caracterizadores aqui apresentados devem ser considerados meros parâmetros para o reconhecimento das entidades familiares, sem qualquer pretensão de restringir a riqueza que pode advir da realidade da vida.

Feita esta ressalva, considerando-se justamente a impossibilidade do estabelecimento rígido de critérios de identificação das entidades familiares extramatrimoniais, apresentam-se, no presente capítulo, alguns critérios que podem ser úteis para caracterizar as relações jurídicas coexistenciais como relações familiares, e, portanto, aptas a serem apreendidas pelo direito.

Após a constatação da importância do princípio da pluralidade familiar e da maneira pela qual deve ser compreendido para melhor se adequar às funções atribuídas à família pelos preceitos constitucionais, bem como da relevância do estabelecimento de uma disciplina jurídica da família mais condizente com a promoção do desenvolvimento da personalidade das pessoas, faz-se necessária uma análise, ainda que bastante breve, sobre os requisitos a

serem considerados para que uma relação coexistencial afetiva possa ser reconhecida enquanto entidade familiar idônea à produção de efeitos jurídicos e à incidência de tutela e proteção específica, pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, parece razoável realizar uma analogia com os pressupostos apresentados pela doutrina e, também, pela jurisprudência, para o reconhecimento de uma união estável, na medida em que, nesse caso, sempre se toma como base a relação afetiva constituída, em concreto, em todas as especificidades.

Note-se, ainda a esse respeito, que, a concepção ampla do princípio da pluralidade familiar, como norma que abrange entidades familiares atípicas, para além daquelas previstas pelo texto constitucional, exige a criação de um filtro das relações intersubjetivas existentes na realidade da vida, que permita realizar a distinção entre quais delas podem ser consideradas famílias aptas a ensejar a especial proteção oferecida pelo ordenamento jurídico, e quais não.

Ressalte-se que não se pretende, com o estabelecimento desses pressupostos, impor padrões e modelos normalizadores de conduta, mas tão somente apresentar critérios objetivos, alguns deles mais rígidos, outros mais flexíveis, que podem ser úteis para o reconhecimento das relações coexistenciais de afeto que configuram, efetivamente, entidades familiares.

Para tanto, em um primeiro momento, é interessante retomar alguns dos critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para o reconhecimento da união estável, os quais podem, de modo geral, ser utilizados para a identificação de uma entidade familiar, em sentido amplo.

Neste sentido, sem embargo de toda a evolução histórica acerca do concubinato e do calvário enfrentado até a eliminação de todo o preconceito que circundava essa relação ¹⁹¹, com a final transformação no atual conceito união estável, é possível dizer que há alguns aspectos fundamentais que sempre foram levados em consideração para a configuração de uma união estável ¹⁹²: a afetividade; a notoriedade (ou publicidade), a continuidade (ou estabilidade no tempo, pois a relação coexistencial não pode ser esporádica ou eventual) e o propósito de constituição de comunhão plena de vida.

A afetividade é um elemento caracterizador que informa a existência de uma relação intersubjetiva de natureza familiar, mesmo porque é o fundamento axiológico da família

¹⁹¹ Acerca da evolução histórica do concubinato à união estável: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz da lei 8.971/94 e da lei 9.278/96. Curitiba: Juruá, 1999.

¹⁹² Sobre o assunto: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 95-217.

hodierna, que justifica não apenas a sua constituição como também a manutenção do vínculo familiar ¹⁹³.

Impõe-se ressaltar que, atualmente, o valor prevalecente na família deixou de ser o patrimônio e passou a ser o afeto existente na relação coexistencial – posto que não seja o único aspecto relevante na constituição da família, ele é inegavelmente um dos elementos essenciais à definição de sua estrutura ¹⁹⁴, motivo pelo qual deve ser considerado também pelo direito, como algo integrante da entidade familiar e da normatividade decorrente das escolhas de seus membros, o que é essencial para o alcance de sua plena felicidade.

Importante destacar, ainda, que todas as entidades familiares são comunhões de vida, do ponto de vista existencial e também material, em que se destaca o afeto e os interesses comuns dos membros, que podem, inclusive, se estender à seara patrimonial – entretanto, a forma e a essência que a vida comum assume nas diversas entidades familiares variam de acordo com as circunstâncias fáticas e os desejos interpessoais relevados por seus membros.

Percebe-se, portanto, que os laços afetivos e comunitários fornecem a essas entidades familiares certa estabilidade e permanência que permitem a sua identificação, demonstrando, ao menos, uma aspiração equivalente em todos os indivíduos que a compõem, que nada mais é do que a vontade de estabelecer uma vida em comum, independentemente da prática de atos sexuais ¹⁹⁵ ou de convivência sob o mesmo teto ¹⁹⁶.

Além disso, a prova do esforço comum também se tornou desnecessária, porquanto passou a ser presumida da própria existência da comunhão plena de vida ¹⁹⁷.

Com efeito, um dos elementos mais importantes que configuram a família é a estabilidade, a duração, ao longo do tempo, da relação familiar, da vida comum, que revela, juntamente com a presença dos demais requisitos, a intenção dos indivíduos em estabelecer uma verdadeira comunhão plena de vida.

Isso porque as entidades familiares configuram relações de fato que prescindem de ato formal que as institua, pelo que a vontade em estabelecer família acaba por se definir pela existência de um plano de vida comum, que se revela pelo exercício da vivência ao longo do

¹⁹³ Atualmente, com o enaltecimento do afeto como valor jurídico, reconhece-se amplamente a importância da socioafetividade no âmbito familiar, inclusive, em prevalência em relação aos vínculos biológicos, em alguns casos. FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, 2003.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. *Op. cit.*

¹⁹⁵ Atualmente, não é necessária a existência de relações sexuais entre os companheiros para que se configure a entidade familiar, mesmo porque a Constituição da República não faz qualquer ressalva a esse respeito e já está se cogitando da possibilidade de famílias compostas apenas por irmãos, assim como já se reconheceu o caráter de entidade familiar da monoparentalidade.

¹⁹⁶ A questão foi pacificada pela Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, que dispensou da caracterização do concubinato a demonstração de vida comum sob o mesmo teto.

¹⁹⁷ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 1014.

tempo ¹⁹⁸, uma vez que, diferentemente do casamento, não há imposições legais tendentes à manutenção do vínculo conjugal.

Importa salientar, ainda, que a lei não mais estabelece prazos para o reconhecimento da união estável ¹⁹⁹, de modo que, analogicamente, para o reconhecimento das entidades familiares em geral, o único parâmetro que pode ser utilizado, é o propósito de constituir família.

Assim, as diversas modalidades familiares se constituem e nascem da realidade da vida, caracterizando-se, sempre, como situações de fato, que se consolidam – à exceção do casamento ²⁰⁰ – com o transcurso do tempo ²⁰¹. Esta realidade intrínseca às famílias extramatrimoniais – que, de modo geral, impede o estabelecimento de padrões rígidos de conduta – revela a importância do reconhecimento e a proteção jurídica da liberdade positiva neste aspecto existencial, a fim de que as pessoas possam, efetivamente, ter garantia da proteção da normatividade decorrente da definição, feita por elas mesmas, dos rumos de sua própria vida.

Por fim, há de se fazer uma ressalva com relação à continuidade, uma vez que ela não é um requisito absoluto para a configuração da entidade familiar, sendo admissível a incidência de algumas rupturas pontuais da convivência, desde que mantido o plano de vida comum. Em outros termos, não possuem relevância, para o direito, as relações coexistenciais efêmeras, eventuais e que não possuem estabilidade alguma ²⁰², o que não significa que a relação intersubjetiva familiar não possa sofrer interrupções pontuais.

A publicidade se refere à notoriedade da existência da família na realidade social na qual se insere, aferível a partir do reconhecimento público da família, pois é evidente que, a despeito de resguardar a privacidade e a intimidade dos envolvidos, não se podem atribuir direitos típicos de família a relacionamentos ocultos .

¹⁹⁸ Pode-se dizer que é a vontade individual de manter uma relação coexistencial relativamente estável – considerando-se que não há a exigência de que esta estabilidade seja absoluta – que se torna possível aferir a existência de uma verdadeira família. OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁹⁹ Rolf Madaleno afirma que não há um prazo pré-determinado para a configuração da união estável, pois, o que se considera é a qualidade e a intensidade da união afetiva. MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 1014.

²⁰⁰ Porque, no casamento, a manifestação de vontade se dá necessariamente de maneira expressa, quando da concretização do ato formal.

²⁰¹ Eduardo Takemi Kataoka inclusive considera o transcurso do tempo como um dos elementos integrantes da *fattispecie* da família, principalmente a extramatrimonial. Segundo ele, ao passo que o casamento é um ato formal que se caracteriza pela instantaneidade da *fattispecie* que se consolida em um momento exato e único e já é apto a gerar efeitos, a união estável, por prescindir de formalidade, apenas produz efeitos ao longo do tempo, o que a caracteriza como *fattispecie* de duração continuada e somente gera efeitos com exercício contínuo ao longo de considerável período de tempo do afeto. KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da família: nota sobre o tempo como elemento da *fattispecie* família. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 320-323.

²⁰² CZAJKOWSKI, Rainer. *Op. cit.*.

Neste sentido, a publicidade é a aparência de vida familiar, e pode ser demonstrada por meio de qualquer prova admitida em direito. Dentre os comportamentos considerados para a aferição da existência da comunhão plena de vida estão a posse do estado de casados ou de companheiros, a contribuição para o sustento do lar, a existência da rotina familiar e de contas bancárias conjuntas, a existência de prole, dependência econômica, plano de saúde familiar, previsão de dependência em benefício previdenciário, etc.²⁰³.

Essas questões são interessantes para que se possa, no plano da realidade da vida, reconhecer às relações intersubjetivas familiares para, posteriormente, aferir a possibilidade de reconhecimento de efeitos jurídicos a essas relações, em decorrência da normatividade estabelecida pelo exercício da liberdade positiva de afeto.

Outro requisito normalmente levantado pela doutrina e pela jurisprudência é a existência de boa-fé na relação familiar, para que ela seja reconhecida como apta à produção de efeitos jurídicos. No entanto, ainda que auxilie, efetivamente, para a atribuição de efeitos jurídicos a determinadas entidades familiares, esse requisito não constitui uma exigência absoluta, podendo ser relativizado, a depender do caso concreto²⁰⁴.

Não obstante, o conceito de lealdade deve ser levado em consideração, pois envolve o respeito e a consideração mútuos entre os companheiros, que pressupõem a correspondência na confiança criada no outro²⁰⁵. A lealdade é um dos deveres laterais de conduta estabelecidos pelo princípio da boa-fé objetiva – que se difundiu no direito brasileiro com a Constituição de 1988 – cuja, também se revela possível²⁰⁶, ainda que ele se verifique com maior ênfase na esfera patrimonial.

A boa-fé objetiva impõe deveres laterais de conduta – a fim de preservar a expectativa legítima das demais pessoas envolvidas na relação jurídica, por meio dos comportamento adotados ao longo dela – e que nem sempre são previstos, pois normalmente

²⁰³ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 1046.

²⁰⁴ Maria Berenice Dias, por exemplo, entende ser necessário tutelar juridicamente as entidades familiares paralelas, ainda que inexistente a boa-fé, pois, segundo a autora, esse tipo específico de relação familiar adulterina existe em elevado número, não sendo possível, com base em preceitos sociais de reprovação moral, deixar de conceder certos benefícios aos companheiros, relegando-os à *invisibilidade*. Neste sentido, a apreensão jurídica dessa realidade fática é imprescindível a realização da justiça e também da dignidade da pessoa humana. *Op. cit.*, 2009, p. 50-52.

²⁰⁵ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 1051.

²⁰⁶ KLEIN, Vinícius; NAMUR, Samir. A boa-fé objetiva nas relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil: volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 355-372. Segundo os autores, “A boa-fé objetiva diferencia-se da subjetiva por referir-se a uma obrigatoriedade de um determinado comportamento em um caso concreto e não a consciência ou a reserva mental dos indivíduos(...) A boa-fé objetiva resulta em uma limitação da autonomia privada já que as escolhas individuais dependem não apenas da manifestação da vontade, mas também da adequação a um padrão objetivo de comportamento adequado a um juízo ético”, (p.358).

não decorrem diretamente da vontade das partes, mas sim da concepção de solidariedade vigente, que os faz permanecer mesmo após a extinção da obrigação principal.

Nesta toada, o sentido ético da boa-fé objetiva incide também nas relações familiares²⁰⁷, com a imposição de deveres recíprocos de lealdade, proteção e informação, correspondentes à ideia de transparência, para que não haja transgressão das expectativas legítimas de um membro da família em relação ao outro, seja na esfera moral, seja na esfera patrimonial.

Esse princípio possui especial aplicabilidade nas relações familiares formadas por meio da liberdade existencial de afeto, pois, considerando-se que não há previsão expressa dos efeitos jurídicos a serem gerados, os quais serão estabelecidos, ao longo do tempo, por meio do exercício dessa liberdade – por este motivo, merece especial atenção a exigência de lealdade e de respeito às expectativas criadas no outro.

Além disso, em uma perspectiva positiva da liberdade existencial de afeto, os valores relacionados à monogamia²⁰⁸ e à fidelidade²⁰⁹ possuem relevância se os companheiros os instituírem como parâmetros de conduta em sua relação intersubjetiva. Contudo, eventual violação do plano comum de vida apenas poderá ser resolvida com a decisão do companheiro em manter ou não o vínculo familiar, assim como já ocorre com o casamento²¹⁰, assegurando, assim, um tratamento igualitário entre a família matrimonial e a extramatrimonial.

Isso porque, tanto a monogamia quanto a fidelidade não podem ser considerados, princípios da família, ou mesmo valores jurídicos – tais quais o afeto –, absolutamente

²⁰⁷ Ademais, evidentemente, não é possível admitir efeitos, próprios de uma relação familiar, a uma situação coexistencial de fato constituída sem o expresso consentimento dos membros envolvidos. Da mesma maneira, apenas alguns efeitos podem ser ensejados em uma relação coexistencial que viole, manifestamente, a boa-fé de terceiros ou o princípio da boa-fé subjetiva. Nessas situações, é necessário que se realize um juízo de interpretação para que o reconhecimento de direitos em decorrência dessa relação não implique em supressão dos interesses de terceiros, que não merecem ser, por ela, atingidos. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁰⁸ A monogamia constitui um dos elementos de longa duração da família ocidental, a monogamia endógena é a existência de um único vínculo conjugal dentro de um único núcleo familiar, ao passo que a poligamia endógena envolve mais de um vínculo conjugal dentro do mesmo núcleo familiar. Na monogamia endógena, há a possibilidade de serem formados outros vínculos conjugais, desde que exteriores ao núcleo familiar, bastando que este se revele monogâmico. A monogamia exógena, por sua vez, “*implica a vedação absoluta ao relacionamento sexual com outros indivíduos que não aquele com o qual se constituiu a conjugalidade*”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, (2005), p. 97-98. Na atualidade, verifica-se que a monogamia endógena repercute tanto na proibição da bigamia e da poligamia, quanto na própria reprovação moral dos relacionamentos extraconjugais, sejam eles cometidos pela mulher ou pelo homem.

²⁰⁹ Os efeitos jurídicos da fidelidade, por sua vez, foram bastante mitigados com o declínio da culpa na atual racionalidade do direito de família. Além disso, sua análise é questionada por configurar em exposição excessiva e, até mesmo, injustificada, da intimidade das pessoas. Cf. LÔBO, Paulo. *Ob. cit.* (2009), p. 143-144.

²¹⁰ Anteriormente, a violação do dever de fidelidade ocasionava a separação jurídica fundada na culpa daquele que cometeu adultério e, atualmente, com o ocaso da culpa, restringe-se a um dever ético e moral.

necessários para o reconhecimento de uma entidade familiar ²¹¹, na medida em que tal exigência constituiria uma intervenção injustificada do Estado e da moral social no âmbito da coexistência íntima e afetiva inerente às relações familiares, no intuito de preservar um modelo social de conduta que implica em exclusão das minorias e está em desacordo com a pluralidade familiar e social, a igualdade e, sobretudo, a liberdade afetiva.

Essa é, de fato, uma questão delicada, em razão dos conceitos e preconceitos morais e sociais constituídos historicamente. Contudo, no atual panorama do direito constitucional de família, não parece razoável negar efeitos a relações jurídicas que, porventura violem a monogamia, se constituídas com base na boa-fé, no afeto e em conformidade com os princípios constitucionais vigentes.

Em outras palavras, o *discrímen* ²¹² criado com relação a essas entidades familiares não parece estar de acordo com a atual racionalidade do sistema jurídico, que prima pela igualdade, pela democracia, pela pluralidade familiar e, sobretudo, pela dignidade humana.

Assim, se a relação coexistencial não monogâmica atender à função de realizar a felicidade e a dignidade humana dos integrantes, e for criada com o intuito de estabelecer comunhão plena de vida por todos os membros, de boa-fé, e atendendo aos demais requisitos de conformidade aos princípios e direitos fundamentais, estabilidade, etc., o direito não pode negar-lhe a atribuição de efeitos jurídicos ainda que sejam de natureza *sui generis*.

Da mesma maneira, o dever de fidelidade não pode ser considerado *conditio sine qua non* para a caracterização de uma entidade familiar, pois revela a presença de uma moral tradicional bastante consolidada, mas que também é excludente. Pode-se, dizer, assim, que o dever de fidelidade é um efeito possível – se houver sido estabelecido no plano de comunhão de vida livremente estabelecido pelos companheiros –, sem, entretanto, constituir elemento integrante do suporte fático, que faz incidir a tutela e eficácia jurídica típicas de uma relação familiar.

Neste sentido, revela-se questionável a negativa de reconhecimento e atribuição de efeitos jurídicos a uma relação pública, contínua e duradoura, na qual os componentes tenham

²¹¹ Rolf Madaleno considera a monogamia como um princípio implícito advindo da cultura universal e da prática social, sobre o qual todas as famílias se assentam. Para ele, o dever de fidelidade igualmente está sempre presente e há condenação moral por sua violação. Segundo o autor, “*Presente na cultura ocidental o princípio e o espírito da monogamia, em seus estreitos limites, até agora não tem sido reconhecida perante os tribunais superiores a possibilidade de constituição de uma família paralela que segue direcionando cônjuges e conviventes para uma relação da mais absoluta fidelidade de sentimentos, propósitos e atitudes.*”. MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 92.

²¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

consentido com a ocorrência de relacionamentos íntimos externos, justamente ante a necessidade de resguardar a liberdade afetiva.

Ademais, uma relação matrimonial propriamente dita não deixará de ser considerada entidade familiar, ainda que seja notória de um ou ambos os cônjuges, pelo que não é razoável exigir a sua presença para o reconhecimento das entidades familiares atípicas.

Assim, embora a monogamia e a fidelidade possam ser considerados, para efeitos de reconhecimento de uma entidade familiar, não configuram elementos essenciais para tal ²¹³.

Verifica-se, neste contexto, que a relevância desses valores – embora levada ao extremo pela maioria, a ponto de considerá-los elementos essenciais à constituição de uma família – apenas será determinada à luz do plano de comunhão plena de vida estabelecido pelos companheiros, e que deve estar em conformidade com as aspirações individuais de cada um.

Além disso, cumpre ressaltar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em memorável precedente jurisprudencial ²¹⁴, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe os mesmos efeitos concedidos à união estável, modelo de família constitucionalmente arrolado ²¹⁵. Com isso, é possível dizer que o requisito da dualidade dos sexos foi mitigado, e sua ausência não mais pode implicar em impedimento para o reconhecimento da entidade familiar.

Em linhas gerais, são essas as questões comumente levantadas para a aferição da existência, em concreto, de uma entidade familiar, e que, em razão de sua adaptabilidade às hipóteses empiricamente estabelecidas, parecem poder ser aplicados também na definição da natureza jurídica familiar atribuível às relações intersubjetivas formadas com base no exercício da liberdade existencial positiva de afeto, as quais também não podem prescindir de uma análise da realidade concreta que lhe é subjacente.

²¹³ Maria Berenice Dias também recusa conceber a monogamia como um princípio estatal do direito de família, pois não está prevista na Constituição Federal, sendo uma função meramente ordenadora da estrutura familiar. Assim, embora seja um traço típico da família ocidental, eventuais desvios desse padrão moral monogâmico, não deveriam autorizar a intervenção estatal desenfreada. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, 2009, p. 60-61.

²¹⁴ ADPF 132 e ADI 14277, julgados em 05/05/2011.

²¹⁵ Luiz Edson Fachin há muito tempo defendia o reconhecimento jurídico das uniões afetivas, entendimento que lentamente foi acatado pelos tribunais, a partir da atribuições de alguns efeitos jurídicos – tais como a dissolução da sociedade de fato – a essas relações: “*Pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro, que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (...), a inviolabilidade da intimidade privada (...), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana*” FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* (2003), p. 34.

De fato, a apreensão jurídica da realidade fática é imprescindível à realização da justiça e também da dignidade da pessoa humana, destacando-se o aspecto instrumental ²¹⁶ da família, no entanto, ela não pode prescindir de parâmetros objetivos mínimos que demonstrem a existência de uma entidade familiar que justifique a atribuição dos efeitos específicos das relações familiares.

Com efeito, considerando-se que a instrumentalidade é algo intrínseco à família, pois ela apenas existe em função de seus membros, se o conteúdo da relação intersubjetiva estiver de acordo com os princípios e direitos fundamentais e, ainda, promover a sua efetivação, pouco importa a forma exterior por ela assumida, desde que se verifique um mínimo de características que permitam definir a sua natureza típica de relação familiar.

Os únicos requisitos exigíveis, neste sentido, seriam aqueles que já se utilizam para o reconhecimento da união estável – estabilidade, ostensibilidade afetividade, e propósito de constituir comunhão plena de vida – porque representam um mínimo essencial, que deve estar presente para ensejar a tutela jurídica essencialmente familiar.

Isso decore de uma interpretação axiológica do texto constitucional, de modo a dar a maior amplitude possível à concretização de seus preceitos. É preciso enfatizar que as formações familiares surgem e se concretizam empiricamente, pelo que uma disciplina jurídica mais flexível, pode abranger muitas hipóteses que também são merecedoras de tutela, ainda que não estejam expressamente previstas em lei – esse é o caso da normatividade decorrente do exercício da liberdade existencial de afeto, pelos membros da relação familiar.

Observe-se, neste sentido, que as diferentes formas de coexistencialidade demandam diferentes formas de tutela e de proteção do direito, e isso não revela, de maneira alguma, a presença de discriminação, pois as desigualdades materiais impõem a desigualdade de tratamento, com o intuito de que todas as entidades familiares possuam uma tutela jurídica adequada e condizente com as suas características específicas.

Na realidade, o reconhecimento dos efeitos jurídicos deve se dar em consideração aos diversos aspectos que paulatinamente são construídos ao longo da vida em comum, em que são constituídos e consolidados os compromissos recíprocos dos envolvidos – e isso, nada mais é do que a liberdade existencial de afeto, em sua dimensão positiva, que possibilita às pessoas autorregulamentar os seus interesses na esfera familiar, alcançando não apenas a liberdade de escolha do arranjo familiar como também de seus efeitos jurídicos.

²¹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades Familiares na Constituição: Críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Coord.). Diálogos Sobre Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 297.

Obedecendo à própria lógica que diferencia a situação jurídica existencial da relação jurídica patrimonial, a constituição dos efeitos jurídicos da família ocorre pelo exercício, ou seja, sem a existência de um ato jurídico formal estabelecido, pois decorrente da própria vivência, que, aos poucos, estabelece os termos daquela relação familiar em especial.

E o reconhecimento jurídico do estabelecimento tácito dos efeitos a serem produzidos pela relação familiar, frutos da vivência livre dos indivíduos que a integram, resulta na atribuição de tutela ao que fornece um sentido à das pessoas. É por isso que essa tutela permite o efetivo exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade das pessoas envolvidas, permitindo a elas realizar suas aspirações e seus projetos de vida, sobretudo no plano existencial e afetivo.

Cumprе salientar que as pessoas não são estáticas e lineares em sua subjetividade, há certo dinamismo e complexidade comportamentais que impedem que a ideia de vínculo conjugal, por exemplo, seja algo indissolúvel – e é justamente por isso que a liberdade alcança não apenas a constituição de vínculos conjugais para além do rol constitucional, mas também envolve, ao revés, a possibilidade de dissolvê-los.

A liberdade existencial de afeto, portanto, não pode ser simplesmente enunciada pelo ordenamento jurídico ou da interpretação que dele se faz, uma vez que não pode prescindir da tutela jurídica que torne factível o seu exercício, por meio da proteção efetiva dos efeitos jurídicos dele resultantes.

Todavia, há a necessidade de recortes ao exercício dessa liberdade, que também requer certa interferência do Estado, até mesmo para resguardar os direitos, valores e princípios do ordenamento jurídico – entretanto, essa interferência jamais pode implicar em discriminações destituídas de razão ou de fundamento.

Observe-se, neste sentido, que o exercício de liberdade de escolha por alguns não pode implicar na restrição ou supressão da liberdade das demais pessoas – as decisões a respeito da comunhão de vida familiar devem, sempre, levar em consideração as opiniões, as aspirações e os projetos de vida de todos os integrantes da família, com a possibilidade de adaptações e modificações ao longo do período de mútua convivência, em virtude da ausência de rigidez formal.

Não se pode olvidar, portanto, do princípio da solidariedade familiar²¹⁷, que impõe o respeito mútuo de todos os membros da família, incluindo as suas opiniões e seus anseios,

²¹⁷ Sobre o assunto: LAGO, Pablo Antonio. O princípio da solidariedade familiar: importância e eficácia. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil – v. 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

mesmo porque não existe liberdade sem que o respeito mútuo esteja presente, a alteridade é essencial às relações existenciais de afeto.

A família, portanto, deve ser funcionalizada de modo a melhor atender aos objetivos constitucionais, ou seja, a promover a tutela da pessoa não apenas do ponto de vista individual, mas também relacional, em atenção à coexistencialidade e à solidariedade, sem que sejam admitidas quaisquer discriminações às entidades familiares, uma vez que todas elas possuem o mesmo escopo, definido pela função que lhes é constitucionalmente imposta.

Importante destacar, neste aspecto, que o casamento, enquanto ato jurídico formal, admite um tratamento diferenciado das demais entidades familiares, porém, apenas com relação aos elementos pertinentes a essa formalidade que diferencia o vínculo conjugal, cujas normas estruturantes típicas sequer poderiam ser aplicadas as demais formas de família ²¹⁸.

Com essa ressalva a respeito do ato formal que constitui o casamento, ao casamento e às demais entidades familiares aplicam-se todos os efeitos que dizem respeito à convivência familiar e à comunhão plena de vida, mesmo porque todas envolvem vínculos de afeto, solidariedade e respeito.

Nesses aspectos, com efeito, não há que estabelecer diferenciação ou mesmo hierarquia entre as entidades familiares, pois todas elas desempenham a mesma função, diretamente relacionada à promoção da dignidade e ao desenvolvimento da personalidade de seus membros, à luz dos princípios constitucionais vigentes.

Uma concepção plural de família deve abranger não apenas o modelo nuclear, como também o estendido e, ainda, o simultâneo, sem quaisquer restrições e sem qualquer preponderância de um frente ao outro, considerando-se que, conforme amplamente afirmado, a liberdade dos indivíduos nessa escolha tão particular deve ser respeitada.

3.3 LIBERDADE EXISTENCIAL DE AFETO E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO ÂMBITO FAMILIAR.

Retomando o raciocínio desenvolvido no início do presente capítulo – após as necessárias considerações a respeito da família e da maneira pela qual deve ser ela

²¹⁸ Observe-se, neste sentido, que há certas normas aplicáveis ao casamento e que não podem incidir sobre as demais entidades familiares justamente pelo fato de prescindirem de formalidade. É o caso, por exemplo, da necessidade de outorga uxória para alienar bens na constância do vínculo conjugal e da presunção de paternidade *pater ist est*, pois a sua aplicabilidade depende de maior grau de segurança jurídica, que apenas é alcançado com a formalidade típica do casamento, e que justifica a sua não incidência sobre as demais formas de entidades familiares.

compreendida, reconhecida e disciplinada atualmente – deve-se salientar que, de acordo com a racionalidade vigente, os institutos jurídicos e o próprio direito deixaram de ser vistos como fins em si mesmos, destinados ao enclausuramento do próprio sistema jurídico, assumindo uma posição instrumental, com vistas a promover, garantir e tutelar os valores enunciados pelo ordenamento jurídico.

Essa instrumentalização, por óbvio, alcança o instituto jurídico da família, cuja função deixou de ser institucionalista e transpessoal, e passou a levar em consideração os interesses concretos das pessoas que a integram, não apenas no aspecto afetivo, como também no existencial de um modo geral, de modo a viabilizar o alcance da felicidade plena da pessoa, com a consequente promoção e a realização concreta de sua dignidade, por meio do desenvolvimento de sua personalidade.

Assim, é possível dizer que a família, em sua concepção hodierna, exerce importante função na vida individual de cada pessoa, sendo compreendida como um instrumento de grande importância para a concretização de sua dignidade humana, na medida em que possui a finalidade de promover, de maneira individual e, também, intersubjetiva, a conquista da felicidade de seus membros, por meio da constituição de uma relação de afeto, solidariedade, respeito recíproco, mútua assistência, compreensão e colaboração ²¹⁹.

Importante salientar, neste sentido, que a família possibilita ao indivíduo desenvolver os vínculos afetivos, encontrar o apoio necessário ao enfrentamento das dificuldades do cotidiano, realizar suas aspirações e, conseqüentemente, desenvolver a sua dignidade.

Em razão dessa instrumentalidade intrínseca à família hodierna, alterou-se toda a racionalidade do direito de família, motivo pelo qual a disciplina jurídica da família não mais tem como objetivo estabelecer os modelos e padrões de conduta a serem seguidos pelas pessoas, mas sim assegurar a possibilidade do exercício de escolha da entidade familiar em que se deseja viver, assim como de seus efeitos, da maneira que melhor atenda aos seus interesses em particular ²²⁰.

Conforme foi possível inferir da análise histórica, alguns novos passos já foram trilhados rumo ao pleno condicionamento, na família, a esta nova função ²²¹, ensejando, inclusive, críticas daqueles que pregam o já ultrapassado discurso da decadência da família

²¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* (2003), p. 306.

²²⁰ LÔBO, Paulo. *Op. cit.* (2011), p. 69-70.

²²¹ Orlando Gomes já apontava para a necessidade de adaptação do direito à nova realidade, aos fatos que se impõem ao direito, exigindo tutela, e afirmava a necessidade de compreensão da família de maneira adequada aos novos valores emergentes da sociedade, sem que isso implique em redução da importância deste instituto jurídico como um núcleo básico da sociedade. GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984 p. 7-8.

²²². Entre esses novos passos, podem ser mencionados a igualdade de gênero, a igual distribuição do poder familiar, a conquista do divórcio direto, o reconhecimento da união estável e da união homoafetiva, etc.

No entanto, para que a família se mantenha nesse caminho e cumpra, efetivamente, a sua função, deve ser vista como um instrumento jurídico para que o indivíduo possa concretizar os direitos que lhe são assegurados, bem como realizar as suas aspirações pessoais, com o consequente incremento de sua dignidade.

Por isso, é possível sustentar que a viabilização da escolha, pela pessoa, quanto às relações coexistenciais familiares – seja no que diz respeito à sua forma, seja no que diz respeito aos seus efeitos – com o reconhecimento, na seara familiar, de um espaço de exercício de liberdade juridicamente reconhecido e protegido, permite a plena realização da personalidade da pessoa, que se vê capaz de orientar a própria vida de acordo com suas preferências e desejos.

Neste viés, a família passa a exercer, de maneira potencializada, a sua função, tornando-se um verdadeiro instrumento de efetivação de direitos fundamentais, na medida em que a pessoa se torna capaz, empiricamente, de gerir livremente sua esfera individual de interesses, ao modular o arranjo familiar no qual deseja viver, no que diz respeito à sua forma e aos efeitos patrimoniais e, até mesmo extrapatrimoniais, que irão decorrer dessa comunhão plena de vida.

Oportuno salientar, neste sentido, que o mero reconhecimento de uma liberdade negativa para o estabelecimento de relações familiares, sem a efetiva atribuição de tutela e de eficácia jurídica pode ensejar graves problemas em decorrência da dissolução do vínculo familiar, que deixa à margem do reconhecimento de direitos os companheiros mais vulneráveis da relação, assim como os filhos dela advindos, caso fiquem sob a guarda destes.

E tal concepção, evidentemente, não preza pela igualdade, dignidade humana e, muito menos, ao melhor interesse da criança e do adolescente.

É justamente por tais razões, que a antiga concepção de família como elemento de estabilização social e manutenção do *status quo* foi completamente superada, não sendo possível admitir, sequer, o estabelecimento de parâmetros morais a respeito da forma e dos

²²² PERROT, Michele. O nó e o ninho. In: **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, p.75-81, 1993.

integrantes da entidade familiar – o que impede, por exemplo, a exigência de que a relação seja heterossexual ²²³.

No entanto, a ausência de tutela jurídica do exercício da liberdade existencial de afeto é tão excludente quanto a previsão de padrões de conduta a respeito das entidades familiares. Com efeito, a liberdade existencial de afeto apenas existe na medida em que há o reconhecimento da existência da entidade familiar que a torne fato constitutivo de uma situação jurídica familiar merecedora de tutela.

Observe-se que a tutela desses arranjos atípicos de família não impõe apenas limites negativos – abstenção da intervenção arbitrária do Estado no âmbito familiar e ausência de ilicitude – mas impõe também deveres positivos, de garantia e proteção ²²⁴, bem como a atribuição de eficácia jurídica para assegurar o pleno desenvolvimento dessas relações coexistenciais, viabilizando às pessoas o desenvolvimento de sua personalidade.

Conforme o raciocínio desenvolvido ao longo do presente trabalho, é de se observar que as relações familiares extramatrimoniais constituem uma realidade fática, empiricamente aferível, o que significa dizer que são estabelecidas, em grande parte dos casos, de maneira informal, o que normalmente importa na criação de problemas no futuro, quando será necessário discutir, para além da existência de uma entidade familiar, os efeitos dela decorrentes.

Certamente, por questões até mesmo de ordem pragmática, negar efeitos a essas específicas formas de família, que surgem na realidade da vida, não fará com que elas deixem de existir e, com o seu término – por meio de separação ou morte – sempre surgirão conflitos de interesses vinculados à existência desses relacionamentos, demandando soluções jurisdicionais.

Tais problemas podem ser consideravelmente amenizados por meio da visão ampliada do princípio da pluralidade familiar, conjuntamente com o reconhecimento da liberdade existencial de afeto, em sua dimensão positiva, perspectiva que, além de possibilitar o reconhecimento e a tutela de diferentes entidades familiares, ainda admite a modulação de

²²³ Nesse sentido, o posicionamento de Maria Berenice Dias, que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, rejeita qualquer imposição legal que implique em desigualdade injustificada: *“Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expresse, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode deixar-se de conferir ‘status’ de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana”*. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, (2009), p. 47.

²²⁴ Para Luiz Edson Fachin, o direito constitucional de família é o ramo do direito que permite ao Estado intervir nas relações privadas para assegurar e tutelar direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que garante aos indivíduos a liberdade positiva de agir, de modo a promover a sua realização pessoal e social. FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* (2003), p. 38.

seus efeitos jurídicos patrimoniais e existenciais, com o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da autorregulamentação dos próprios interesses, pelas pessoas envolvidas na relação familiar, independentemente da forma por ela assumida ²²⁵.

A família, sob este ponto de vista, assume uma configuração jurídica bastante dinâmica, considerando-se que não se vincula à necessidade da existência de vínculo sexual ou de parentesco, diversidade de sexos, ou mesmo da presença de qualquer formalidade que seus membros, pois o estabelecimento de uma relação intersubjetiva de afeto, pública, contínua e estável, direcionada a um plano de vida em comum é o suficiente para que seja reconhecida a entidade familiar, à qual devem ser atribuídos efeitos típicos do direito de família, tais como os direitos sucessórios e os alimentos, da maneira pela qual foram regulamentados pelas pessoas envolvidas na relação ²²⁶.

E não se pode negar a importância desse reconhecimento e tutela jurídica na promoção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana ²²⁷, ao ampliar as condições materiais que permitem ao instituto jurídico da família exercer as suas finalidades constitucionais, sempre em benefício do desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Com efeito, não parece condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana assegurar às entidades familiares que prescindem de previsão legal tão somente a impenhorabilidade do bem de família ²²⁸, considerando-se que tal entendimento ignora completamente o princípio da pluralidade familiar, que impõe o reconhecimento do *status* jurídico de família, com os efeitos resultantes desse tipo específico de relação.

Na realidade, toda e qualquer família, independentemente da forma que assuma, merece reconhecimento bem como a tutela jurídica constitucional. Isso porque, conforme já reiteradamente afirmado, não é a família em si, mas os interesses, direitos e valores

²²⁵ É o que defende Maria Berenice Dias, ao afirmar que esses direitos devem ser reconhecidos inclusive no caso de entidades familiares anaparentais, como a constituída apenas por duas irmãs. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* (2009), p. 48-49

²²⁶ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*

²²⁷ A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Maria Berenice Dias aponta, com razão, a necessidade de uma atuação positiva do Estado, para além da mera abstenção de intervir na esfera privada, de modo a oferecer uma tutela jurídica adequada às relações familiares empiricamente existentes. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* (2009), p. 62.

²²⁸ Deve-se dizer, ainda, que essa garantia não decorre da configuração da família, em si, mas porque a impenhorabilidade do único bem de uma pessoa, mesmo que individualmente considerada, é reconhecida de modo a evitar a violação do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, com a lesão ao seu patrimônio mínimo. Paulo Luiz Netto Lôbo é firme em seu posicionamento a respeito do princípio da pluralidade familiar, ao defender não há qualquer hierarquia entre as entidades familiares e, ainda, que o rol disposto no art. 226 da Constituição Federal não constitui *numerus clausus*, sendo meramente exemplificativo. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2012.

associados a cada um de seus integrantes que devem ser objeto de preocupação e tutela jurídica.

Assim, desde que não haja qualquer interferência negativa aos melhores interesses da criança ou adolescente, ou mesmo dos princípios e direitos fundamentais, não há utilidade e, tampouco, razoabilidade, no estabelecimento de impedimentos no que concerne especificamente ao aspecto formal da relação familiar, para que lhe sejam atribuídos efeitos jurídicos.

Todo o contexto constitucional no qual se insere a família ²²⁹ converge no sentido de proteger, diante do próprio enaltecimento da dignidade da pessoa humana, as pessoas que compõem à família, mesmo em face da família em si considerada.

Afinal, não mais se pode admitir que o direito, ao invés de um instrumento de integralização das minorias e de realização da dignidade da pessoa humana, se mantenha naquela antiga e refutável função de promover a marginalização da diferença ²³⁰.

É por isso que se revela imprescindível, para a realização dos preceitos e princípios constitucionais, que haja o reconhecimento jurídico da pluralidade das entidades familiares, também sob a perspectiva da garantia da liberdade positiva, admitindo-se a produção de efeitos jurídicos específicos, a partir da normatividade decorrente do exercício da comunhão plena de vida ²³¹.

A intervenção do Estado, nesse sentido, apenas e tão somente pode ser admitida para exercer a tutela jurídica da família – reconhecendo as entidades familiares e atribuindo-lhes efeitos jurídicos – e com a finalidade de proteger os princípios constitucionais, quando o exercício da liberdade, eventualmente, lesionar os direitos e garantias fundamentais de outras pessoas, não podendo extravasar essas hipóteses excepcionais.

Com efeito, considerando-se que a liberdade não é um direito absoluto, mas sim relativo às finalidades que justificam a sua própria existência, deve-se dizer que a escolha da vivência não pode violar o ordenamento jurídico em sentido amplo, incluindo-se aí, principalmente, os princípios fundamentais, cuja observância se impõe a todas as relações jurídicas. O princípio da liberdade, neste sentido, não possui o condão de afastar a incidência

²²⁹ Incluindo-se o disposto nos artigos 226 e 227 da Lei Magna.

²³⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²³¹ Neste sentido a ausência de tutela jurídica torna essa liberdade de escolha completamente inócua.

dos demais princípios que orientam o sistema jurídico brasileiro, pelo que necessita de recortes que o impeçam de violar as próprias finalidades para os quais foi criado ²³².

Não incidindo quaisquer dessas hipóteses, a liberdade na determinação dos projetos de vida e as condições materiais para o seu exercício devem ser, necessariamente, asseguradas, do contrário, o próprio direito fundamental de liberdade estará sendo violado, com as consequentes repercussões para a personalidade do indivíduo e, ainda, para a sua própria dignidade.

Por isso, independentemente de previsão legal expressa, as entidades familiares constituídas no plano fático, por meio do afeto direcionado ao estabelecimento de uma comunhão plena de vida, devem ser apreendidas pelo direito, assim como os efeitos jurídicos emergentes do exercício de liberdade afetiva existencial, que implicam no estabelecimento de uma normatividade específica e adequada àquela família, em atenção aos interesses e aspirações de seus membros.

Destaque-se que a família hodierna, após um longo processo histórico, tornou-se um instrumento de realização de felicidade das pessoas que a integram, prevalecendo o afeto em face dos objetivos patrimoniais, motivo pelo qual se revela mais adequado à realização dessa função, assegurar às pessoas o exercício da liberdade positiva em suas relações intersubjetivas existenciais, para que possam selecionar as melhores formas de realizar-se afetivamente e conquistar a felicidade, de acordo com os seus ideais.

Nessa toada, Em atenção ao preceito constitucional ²³³ que visa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, ainda, ao próprio princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não há como negar ao indivíduo o exercício de sua liberdade no âmbito existencial, com a garantia de escolha da entidade familiar – bem como de seus efeitos – que mais coaduna com suas aspirações individuais mais íntimas.

Isso decorre, evidentemente, de um ideal eudemonista ²³⁴, de que a família pode e deve se direcionar à realização da felicidade de seus membros e não mais ser vista como um fim em si, conforme a antiga racionalidade institucionalista e autoritária. Com efeito, a pessoa

²³² Importante ressaltar, acerca das limitações do exercício de liberdade que há normas de família que são cogentes e sua imperatividade deve ser respeitada, a despeito da amplificação da liberdade neste âmbito. Essa é uma imposição que decorre do caráter essencial dos direitos envolvidos e, ainda, de sua indisponibilidade, inafastabilidade e inderrogabilidade – são os denominados direitos da personalidade. Sobre o assunto: AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., modificada e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²³³ Neste sentido, dispõe o art. 3º, I, da Constituição, que a construção de uma “*sociedade livre, justa e solidária*” constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

²³⁴ Segundo Luiz Edson Fachin, a concepção eudemonista da família funda-se em relações de afeto, solidariedade e cooperação, destinadas à promoção do desenvolvimento pessoa dos familiares e sua felicidade. FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* (2003), p. 32-33

e as suas realizações afetivas e coexistenciais passam a justificar a própria existência da família, que se torna um instrumento de conquista da felicidade e de desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana.

É justamente por tal razão que o exercício de liberdade, pelo indivíduo, no que diz respeito às relações coexistenciais é tão importante. A família envolve uma vultosa quantidade de situações existenciais relacionadas diretamente à intimidade do indivíduo, não sendo admissível a existência de uma regulamentação jurídica excessivamente rígida e autoritária como outrora. Em outras palavras, a disciplina jurídica da família deve ser flexível e apta a oferecer aos indivíduos a possibilidade de escolha para o fim de buscarem encontrar a felicidade, por meio da realização de suas aspirações pessoais.

No entanto, posto que se destinem à realização da personalidade de seus membros, as relações jurídicas coexistenciais também envolvem deveres, que, por vezes, implicam em limitações ao exercício da liberdade por seus membros.

Todos devem, neste sentido, respeitar e contribuir para que os outros membros possam ter condições de exercer, de igual forma, a sua liberdade, de acordo com a personalidade intrínseca a cada um deles, em consideração às suas características pessoais específicas. Isso implica, portanto, na necessidade de que todos participem do projeto de vida familiar.

Cumprir destacar, neste sentido, que os direitos e interesses de cada um dos membros da família estão diretamente relacionados aos dos demais, de modo que, quando algum deles exercita um direito subjetivo em favor do outro, beneficia concomitantemente a si próprio.

De fato, a concepção eudemonista da família não coaduna com a existência de opressão, autoritarismo, violência, ou desrespeito nas relações coexistenciais. Na verdade, ela se fundamenta justamente no reconhecimento e na garantia, também no âmbito familiar, dos direitos fundamentais e da personalidade dos indivíduos.

As aspirações existenciais de cada uma das pessoas que compõe a família justificam a própria existência da relação jurídica familiar e a necessidade do reconhecimento de tutela jurídica ²³⁵. Por isso, a liberdade de constituição das mais diversas formas de relações familiares deve estar acobertada pela tutela jurídica, a fim de que o indivíduo tenha as condições materiais para que possa constituir a si próprio, também por meio das relações de afeto por ele estabelecidas.

²³⁵ A esse respeito, Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Muniz entendem que os direitos de família não podem prescindir de uma tutela específica e adequada, *“por razões éticas e pelo caráter eminentemente pessoal da relação”*. OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. *Op. cit.*, p. 13.

Essa tutela jurídica impõe que as entidades familiares escolhidas pelos indivíduos possua eficácia jurídica própria, ou seja, que possam gerar efeitos jurídicos válidos e eficazes.

A tendência, portanto, é que a liberdade de escolha seja ainda mais ampliada, com o reconhecimento de efeitos jurídicos típicos do direito de família²³⁶ às entidades familiares que, a despeito de não possuírem previsão legal, são frutos das opções de vida em comum dos indivíduos.

Vale dizer, há uma manifesta tendência de que a interpretação do rol constitucional seja ampliativa, com um efetivo reconhecimento jurídico da pluralidade familiar e a proteção das situações existenciais concretamente estabelecidas, sem que haja qualquer tipo de preconceito ou discriminação²³⁷.

O reconhecimento dos efeitos jurídicos, contudo, não pode prescindir da análise dessas situações existenciais, as quais, para serem consideradas verdadeiras entidades familiares, deverão ser, necessariamente, fundadas em vínculos de afeto, igualdade, solidariedade, respeito, mútua assistência material e imaterial, colaboração, compreensão, apoio, atenção e cuidado, além dos requisitos básicos de estabilidade, publicidade e propósito de instituição de uma comunhão plena de vida.

Presentes esses requisitos, independentemente de previsão legal, devem ser reconhecidos efeitos jurídicos típicos do direito de família à relação intersubjetiva de afeto.

Não se pode olvidar que a diferença é um direito que impõe aos outros o dever de respeito e de consideração, motivo pelo qual a igualdade e a isonomia devem ser resguardadas também no que diz respeito à opção de vida familiar²³⁸.

Importa reiterar, ainda, que esse respeito à diferença não importa em tratamento jurídico igualitário a todas as entidades familiares, devendo ser respeitada a opção selecionada pelos integrantes da relação intersubjetiva de afeto em não se submeter aos efeitos jurídicos decorrentes daquelas entidades familiares consagradas no texto constitucional, principalmente aqueles advindos do casamento²³⁹.

²³⁶ A atribuição de direitos típicos em uma relação familiar deve ocorrer, tanto nos aspectos existenciais – direito de guarda e de visitas, exercício do poder familiar – como materiais – direitos sucessórios e alimentares.

²³⁷ Nesta toada, afasta-se a ideia de que o rol do art. 226 da Constituição possa ser considerado taxativo.

²³⁸ “(...)todas as entidades familiares têm a mesma dignidade jurídica, porque igual o dever de respeito à dignidade e à liberdade de seus integrantes pelo direito, sendo igual, também, a exigibilidade de proteção e de incremento da dimensão existencial centrada na liberdade(s)”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* (2011), p. 334.

²³⁹ Justamente para evitar o modelo institucionalizado há pessoas que decidem por não se vincular formalmente em uma relação matrimonial, a fim de escapar aos efeitos dela decorrentes e também de formar uma relação intersubjetiva familiar diferenciada, por motivos de ordem prática ou econômica. Por isso, a entidade familiar faticamente aferível deve ser vista como um pressuposto que pode ensejar efeitos jurídicos variáveis, que se flexibilizam e adaptam aos interesses dos integrantes da família que lhe serve como pressuposto fático.

Isso significa que as diferentes formas de entidades familiares devem ingressar no âmbito de relevância jurídica, com o reconhecimento do direito das pessoas em manter sua vida comum familiar à margem do casamento e dos efeitos dele decorrentes, mas com efeitos próprios, correspondentes à liberdade de escolha de seus membros.

O princípio da isonomia demanda e inspira que a diferença seja concebida juridicamente e possua os meios que viabilizam o convívio, em igual patamar, com as alternativas juridicamente previstas.

De todo o modo, o respeito à diferença não resulta na necessidade de padronização, mesmo porque a igualdade de condições de existência não se confunde com a equiparação dos efeitos jurídicos a serem produzidos pelas entidades familiares, do contrário, haverá uniformização e não liberdade substancial.

A liberdade positiva, considerando-se essa premissa, assume especial relevância ao permitir às pessoas a eleição, por meio do exercício da relação de afetividade ao longo do tempo, dos efeitos jurídicos mais condizentes com as suas aspirações, tanto do ponto de vista patrimonial, como existencial ²⁴⁰.

Neste sentido, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é pacífico no sentido de que o texto constitucional não engloba normas meramente programáticas, e, com efeito, ainda que alguns de seus preceitos não tenham eficácia direta e aplicabilidade imediata, deve haver um mínimo de esforço para que as disposições nele contidas sejam concretamente realizadas, com o máximo de urgência possível, principalmente quando se tratar da tutela da diferença.

Observe-se, ainda, que o texto constitucional deve ser interpretado de forma condizente com a realidade histórica e social, não sendo possível admitir que a atividade hermenêutica seja realizada com base em valores ultrapassados.

Diante disso, o entendimento mais condizente com a racionalidade atual do ordenamento jurídico brasileiro, é aquele que afasta a hierarquia entre as entidades familiares – em razão da ausência de supremacia do casamento sobre as demais formas de família – e, ainda, rejeita o caráter taxativo do rol estabelecido pelo art. 226 da Constituição da República, ao mesmo tempo em que admite a autorregulamentação, pelas pessoas, de seus próprios interesses no âmbito familiar privado.

Ainda, neste sentido, deve-se dizer que a própria consagração da dignidade humana como um verdadeiro princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro não exige apenas

²⁴⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Op. cit.*, 2000.

sua positivação, na Constituição da República e demais dispositivos legais infraconstitucionais, como um direito personalíssimo e inviolável.

Na realidade, é muito mais importante que se garantam os meios necessários à sua concretização por meio da promoção do livre-desenvolvimento da pessoa.

Assim, considerando-se que a hermenêutica mais adequada à atual racionalidade do ordenamento jurídico brasileiro impõe o reconhecimento de outras entidades familiares, para além daquelas expressamente arroladas na Constituição da República, é imperativa a necessidade de conceder às pessoas a liberdade substancial e positiva na constituição e na elaboração dos efeitos de sua família.

Nessa toada, tanto a forma quanto os efeitos da relação familiar devem decorrer do exercício da liberdade existencial, devendo-se considerar a possibilidade de escolha nos aspectos patrimoniais ²⁴¹ – mais notadamente no que diz respeito ao regime de bens a ser adotado ²⁴² – como também nos aspectos existenciais, ainda que, justificadamente, o âmbito de liberdade seja mais reduzido nesse caso, ante a relevância da dimensão existencial e personalíssima do indivíduo.

No que diz respeito às situações existenciais, admite-se, ainda que pontualmente, o exercício da autonomia pelo indivíduo, de modo a regulamentar seus interesses nesta seara.

Importante, ressaltar, contudo que há questões de ordem pública e de interesse social relevante, principalmente quando estão envolvidos direitos fundamentais e da personalidade, que vedam o exercício dessa liberdade existencial. A restrição a tais direitos apenas é admissível quando instrumental à realização de outro aspecto da dignidade humana, como fruto da autodeterminação pessoal. Contudo, é vedado exercê-la a fim de obter propósitos patrimoniais. Isso porque a liberdade não pode prevalecer sobre certos aspectos intrínsecos à

²⁴¹ Importa salientar que os aspectos patrimoniais, ainda que não possuam repercussão direta na esfera íntima da pessoa, produz repercussões de ordem existencial na medida em que viabiliza a realização de seu projeto de vida.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Situações jurídicas dúplices:** Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil: volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 4-7.

²⁴² *Ibidem*, p. 24. Observe-se, neste sentido, que as pessoas, ao exercer sua autonomia, podem escolher o regime de bens que lhes pareça mais adequado ao atendimento de suas aspirações, em atenção ao projeto de vida em comum que pretendem ver realizado no futuro. É, sobretudo, por essa razão em especial, que não faz sentido a restrição imposta pelo art. 1641 do atual Código Civil Brasileiro, que impede os maiores de setenta anos em adotar outro regime que não o da separação obrigatória de bens, reputando, injustificadamente, essas pessoas como incapazes.

dignidade humana²⁴³, e há necessidade de proteger o indivíduo dos atos praticados por ele mesmo.

Nas situações jurídicas existenciais, a pessoa se torna tanto o elemento subjetivo como objetivo, pois o objeto também diz respeito a sua individualidade. É o caso das relações jurídicas coexistenciais e existenciais, incluindo as familiares.

No direito de família, ao menos em princípio, essa liberdade existencial de afeto, no que diz respeito aos aspectos extrínsecos (forma) e intrínsecos (efeitos) da relação jurídica familiar é admitida de maneira plena, uma vez que existe justamente para a promoção do desenvolvimento da personalidade da pessoa, bem como da concretização da dignidade da pessoa humana.

Isso é importante porque as situações jurídicas normalmente não dependem de um ato formal para serem constituídas, uma vez que decorrem de comportamentos, ou seja, de seu próprio exercício²⁴⁴. Porém, para que o comportamento possa ser efetivamente qualificado como um exercício apto a ensejar a tutela da situação jurídica existencial, deve necessariamente observar os valores e as funções diretamente relacionados a essa situação existencial.

Em outras palavras, é o exercício que atribui à situação jurídica existencial os efeitos constitutivos, extintivos ou modificativos típicos das relações jurídicas. É por isso que o poder de disposição relacionado a uma situação jurídica consiste na autodeterminação dos próprios interesses e se reflete diretamente na liberdade coexistencial de autodeterminar os próprios interesses atribuindo-lhes os efeitos que se deseja.

Trata-se de uma liberdade de autorregulamentação da comunhão de vida, que pode, em alguma medida, ser objeto de disposição da pessoa. É certo que normalmente são retirados da esfera da autonomia privada, ou de disponibilidade, os direitos da personalidade, as relações de filiação e de parentesco, o vínculo conjugal (em seu aspecto existencial), questões relativas ao estado da pessoa e demais situações estritamente existenciais (desvinculadas do patrimônio)²⁴⁵.

Essa vedação decorre dos atributos da irrenunciabilidade, incaducabilidade, inafastabilidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade.

²⁴³ Neste sentido, são considerados substratos, ou elementos intrínsecos, da dignidade humana, a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a integridade psicofísica. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional do dano moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²⁴⁴ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **O poder de disposição nas relações familiares**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil – v. 2**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 519-545.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 524.

Entretanto, essa rigidez não acompanha a atual racionalidade do sistema jurídico que se direciona principalmente à pessoa e aos seus interesses existenciais, existindo certas situações em que essa autonomia é necessária para que o indivíduo possa realizar-se plenamente e conquistar, assim, a sua dignidade.

O poder de disposição – que envolve a aptidão para definir os efeitos jurídicos de uma relação patrimonial ou existencial – varia de acordo com a situação jurídica que se está tratando e, ainda, com a função que ela possui para o sistema jurídico.

No âmbito das relações coexistenciais, mais uma precaução deve ser tomada, pois o poder de disposição não se refere apenas aos direitos do indivíduo, mas envolve a possibilidade de autorregulamentação de interesses comuns a todos os membros da família, ainda que possam refletir na esfera individual – a solidariedade albergada na Constituição possui importante papel na seara da família e está diretamente vinculada ao princípio do pleno desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana²⁴⁶.

De qualquer maneira, o espaço de autodeterminação dos indivíduos, que prescinde da intervenção do Estado, a não ser para a tutela da liberdade positiva²⁴⁷, é sempre relativamente menor nas situações consideradas de ordem pública, em que há maior intervenção do Estado, em virtude da natureza do bem jurídico envolvido. Contudo, é necessário um equilíbrio entre a esfera de autonomia individual e a ordem pública, para que a interferência do Estado seja instrumental à própria realização e concretização dos interesses privados.

Assim, a única ressalva a ser feita é que, na elaboração do projeto de vida comum, as pessoas manifestem escolhas adequadas ao disposto no ordenamento jurídico, em conformidade, sobretudo, com os princípios e direitos fundamentais têm por objetivo concretizar a dignidade humana²⁴⁸.

Não sendo razoável e, muito menos, admissível, que o direito imponha às pessoas o dever de terem afeto uma para com as outras, deve ele se tornar um instrumento para que as

²⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 37. Interessante mencionar, a esse respeito, o entendimento de Pietro Perlingieri sobre a solidariedade constitucional, que depende da existência da igualdade e da igual dignidade, para que todos possuam o direito ao respeito a sua condição humana e a possuam condições materiais de realizarem suas aspirações e exercerem suas aptidões pessoais.

²⁴⁷ “É do Estado brasileiro assumido pela Constituição Federal de 1988 essa dimensão protetora, não mais contemplativa. O Estado tutela essas relações no sentido em que as reconhece, e delas emergem efeitos jurídicos.”. FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*(2003), p. 97. O consagrado autor ainda afirma que a presença do estado administração e o estado juiz é não só desejável como também necessária para assegurar a observância dos princípios (p. 207) e a apreensão jurídica da realidade emergente dos fatos (p.308).

²⁴⁸ As relações familiares se submetem a uma análise de legitimidade com base nos valores fundamentais e apenas podem deixar de serem reconhecida se não garantirem a observância dos valores fundamentais, sobretudo a dignidade humana - não se pode conceder relevância jurídica a uma relação coexistencial que, por exemplo, anule a personalidade de algum de seus membros para atender aos interesses de outros. PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 248-249.

relações afetivas se constituam da forma mais natural possível entre as pessoas, o que apenas pode ocorrer por meio do exercício da liberdade existencial de afeto.

Todas as relações familiares devem ser pautadas pela dignidade e ter como pressupostos essenciais a construção de uma convivência afetiva definida pelo respeito, assistência mútua, igualdade, liberdade, intimidade, etc., bem como a garantia do melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Neste sentido, são importantes para a constituição de um laço familiar as aspirações, valores, orientações pessoais e o respeito que se estabelece entre os seus membros, impondo-se, quando verificada a sua existência, o respeito da sociedade e do Estado para com relação a essas pessoas e às situações existenciais por ela formadas.

Presentes os requisitos essenciais à constituição de uma entidade familiar, toda e qualquer situação jurídica existencial pode ser reputada digna de respeito e considerada apta a produzir direitos e efeitos para os seus integrantes, assim como para os terceiros, mesmo que dela não façam parte ²⁴⁹.

Trata-se, portanto, da garantia do direito à diferença, que possibilita às pessoas o exercício e o livre desenvolvimento de sua personalidade sem o receio de serem marginalizadas por isso. Sem essa garantia, as pessoas não conseguem constituir a si mesmas, enquanto indivíduos únicos e que possuem aspirações específicas, principalmente no que tange às relações existenciais e coexistenciais ²⁵⁰.

Esse direito à diferença é abrangido pelo princípio constitucional da pluralidade familiar, que tem como finalidade garantir a aceitação, o reconhecimento e o respeito às situações coexistenciais afetivas estabelecidas pelas pessoas, sendo irrelevante, para tanto, a forma ou estrutura que venham a assumir.

Assim, é possível dizer que este princípio é fundamental para que se alcance uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preceitua a Constituição da República em seu preâmbulo, mesmo porque os projetos pessoais de vida tem uma importância incomensurável no desenvolvimento da dignidade humana.

Diante de todo o exposto, é possível inferir que a dignidade humana, bem como todos os direitos fundamentais, são inerentes à pessoa, não sendo admissível garantir a sua

²⁴⁹ CARBONERA, Silvana Maria. Laicidade e família: um diálogo necessário a partir do olhar de Stefano Rodotà. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil: volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 381.

²⁵⁰ “Isso só é possível diante da garantia e da efetivação da existência de um espaço laico, no qual sejam garantidas múltiplas possibilidades de tutela para variadas situações existenciais fundamentadas em um espaço de intimidade, também garantindo constitucionalmente, de modo que liberdade, justiça, solidariedade e democracia sejam premissas efetivas de vivência social digna a todos os grupos sociais, sejam eles majoritários ou minoritários”. *Ibidem*, p. 383.

efetivação apenas para alguns.

Neste sentido, o desenvolvimento da personalidade e a plena realização pessoal dependem essencialmente da liberdade do indivíduo em definir seu plano de vida e em efetivamente concretizá-lo, sobretudo no que diz respeito aos aspectos existenciais, tais como aqueles relacionados à família.

Por este motivo, a liberdade existencial de afeto se revela como um princípio capaz de potencializar as funções a serem exercidas pela família no ordenamento jurídico, na medida em que permite, por meio da autorregulamentação, pelas pessoas, de seus próprios interesses, a escolha do arranjo familiar e dos efeitos jurídicos dele resultantes, da maneira mais adequada às suas aspirações pessoais, o que permite não apenas o pleno desenvolvimento de sua personalidade, como também a concretização de sua dignidade humana.

CONCLUSÃO

Conforme se procurou demonstrar ao longo do presente trabalho, o direito de família brasileiro sofreu importantes alterações em decorrência não apenas da modificação estrutural da família, do ponto de vista empírico-sociológico, como também da própria racionalidade do ordenamento jurídico.

Neste sentido, com a promulgação da Constituição da República de 1988, houve um direcionamento do sistema jurídico, à pessoa, por meio da consagração de sua dignidade humana, o que provocou a funcionalização do instituto jurídico de família, que deixou de atender aos interesses da sociedade dominante para se voltar aos interesses existenciais de seus membros, enquanto pessoas concretamente consideradas.

Além disso, o texto constitucional também erigiu a princípio fundamental da família – ao lado da igualdade, liberdade e solidariedade, que também possuem aplicabilidade ampla na seara familiar – o princípio da pluralidade familiar, com o reconhecimento jurídico das entidades familiares extramatrimoniais, em notável primazia do valor do afeto sobre a formalidade do vínculo que constitui a relação intersubjetiva da família.

No entanto, considerando-se que a legislação infraconstitucional vigente não reflete, como deveria, os valores constitucionais atinentes à família, na medida em que deixa de tutelar adequadamente as famílias extramatrimoniais previstas no texto constitucional – família monoparental e união estável – e relega ao desamparo as entidades familiares extramatrimoniais atípicas, faz-se necessária uma nova compreensão acerca da disciplina jurídica infraconstitucional da família, para além de uma interpretação sistemática, a fim de adequá-la aos preceitos constitucionais, para que se torne capaz de viabilizar a plena efetivação do princípio da pluralidade familiar, em pleno atendimento aos escopos constitucionalmente estabelecidos para o instituto jurídico da família.

Com base nessas premissas, revela-se, atualmente, a ideia de que não compete ao Estado e, tampouco, à sociedade, estabelecer modelos e padrões de conduta, relativamente à forma e aos efeitos relacionados às relações coexistenciais familiares, uma vez que isso implica em violação indevida da intimidade, privacidade e da própria moral da pessoa, e, conseqüentemente, impede a família de desempenhar a sua função como promotora da felicidade e da dignidade humana de seus membros.

Por outro lado, a interferência do Estado não pode ser absolutamente rechaçada, considerando-se que ele tem o dever de proteger e tutelar os integrantes da família – em sua

concepção hodierna, considerando-se, sobretudo, sua função de promoção da felicidade e da dignidade daqueles que a integram, rechaçando-se qualquer perspectiva institucionalista – por meio do direito, o que é previsto no próprio texto constitucional.

A fim de conciliar esses dois aspectos, que, aparentemente, constituem um paradoxo, revela-se bastante interessante o conceito de liberdade existencial de afeto, liberdade positiva, que permite aos indivíduos escolherem, por meio do exercício da comunhão plena de vida, a forma e os efeitos resultantes da relação familiar, com a sua posterior apreensão e reconhecimento da aptidão para a produção de efeitos jurídicos, independentemente da existência, ou não, de previsão legal com relação à forma da entidade familiar.

Esta liberdade de escolha do melhor plano de comunhão plena de vida, pelo indivíduo, possui respaldo nos princípios constitucionais da democracia, da igualdade e, principalmente, da pluralidade familiar, entendida da maneira mais ampla possível, e da dignidade humana.

Dessa maneira, o reconhecimento da pluralidade familiar e da liberdade afetiva é imprescindível para a consagração dos valores existenciais e aspirações pessoais dos indivíduos e, assim, permitir o desenvolvimento de sua personalidade. E é por isso que são essenciais para que a dignidade da pessoa possa ser, efetivamente, concretizada.

Entretanto, ao se considerar a possibilidade de exercício da liberdade existencial de afeto como meio de constituição de família, à luz dos princípios constitucionais da pluralidade familiar e dignidade humana, devem ser considerados alguns parâmetros para que se possa inferir se a relação intersubjetiva possui, de fato, natureza familiar.

Para tanto, utilizando, analogicamente, os pressupostos já trazidos pela doutrina e jurisprudência para o reconhecimento da união estável, a relação coexistencial deve ser constituída com base no valor jurídico do afeto e na intenção, de seus membros, em estabelecer uma comunhão plena de vida, de maneira pública, contínua e duradoura, que se revela por meio do exercício da coexistencialidade, amparada no respeito, mútua assistência, compreensão, colaboração e solidariedade.

Além disso, essa relação intersubjetiva familiar deve ser constituída em conformidade com os princípios constitucionais, sem qualquer violação aos direitos e garantias fundamentais de seus membros ou de terceiros.

Estando presentes essas características, impõe-se o reconhecimento da entidade familiar constituída por meio do exercício da liberdade existencial de afeto. Com efeito, o direito de livre constituição da relação familiar em que se deseja viver, é constitucionalmente assegurado e merece efetiva tutela jurídica, apenas sendo legítima e justificável a intervenção

do Estado nessa seara para tutelar a pessoa, bem como os seus interesses morais, existenciais e, finalmente, materiais.

Ante a impossibilidade da previsão normativa de todas as entidades familiares que podem ser encontradas no âmbito da pluralidade fática, o reconhecimento da liberdade existencial de afeto, em sua dimensão positiva, se revela um meio eficaz de aproximação do direito com a realidade da vida, ao mesmo tempo em que garante o oferecimento de tutela e eficácia jurídica às relações intersubjetivas familiares estabelecidas com base no afeto, na consideração, no amor e no respeito, potencializando o cumprimento, pela família, de sua função precípua, de promover a felicidade e o desenvolvimento de seus membros, bem como a concretização da dignidade humana.

Isso porque, a dignidade humana, para ser devidamente concretizada, exige um espaço de exercício de liberdade positiva, principalmente no âmbito existencial e familiar, para que o sujeito tenha a possibilidade de realizar as suas aspirações, notadamente as íntimas e afetivas, e, assim, desenvolver-se plenamente – no que concerne às relações familiares, há inúmeros aspectos que se relacionam à realização pessoal do indivíduo, bem como à promoção de sua dignidade, por isso, deve-lhe ser assegurada a escolha da entidade familiar que melhor atenda às suas aspirações e desejos pessoais.

Assim, o desenvolvimento da personalidade e a plena realização pessoal estão profundamente interligados com a liberdade do indivíduo em definir seu plano de vida e em efetivamente concretizá-lo, sobretudo no que diz respeito aos aspectos existenciais, tais como aqueles relacionados à família. A dignidade humana, da mesma maneira, exige que a pessoa seja titular de uma situação jurídica que permita a sua plena realização, patrimonial e existencial, no plano concreto.

E é justamente por estas razões que a liberdade existencial de afeto auxilia a família hodierna a promover concretamente a função que lhe é estabelecida pela Constituição, ao viabilizar às pessoas a realização de suas aspirações e de seus desejos – com a instituição da liberdade de escolha da entidade familiar que lhes pareça mais adequada ao plano de comunhão plena de vida que pretendem estabelecer, bem como dos efeitos jurídicos a serem por ela produzidos – e, com isso, possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade e a realização de sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando (Coord.) *et al.* **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa** – v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **A família na travessia do novo milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BERLIN, Isaiah; MILL, John Stuart. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed.Univ. de Brasília, 1969

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz da lei 8.971/94 e da lei 9.278/96**. Curitiba: Juruá, 1999.

DE VITA, Álvaro. **Justiça Liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1961.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14.

HAYEK, Friedman A. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil – v. 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: Origem e evolução do casamento** – v. 1. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5201>>. Acesso em: 23 jul. 2011.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2012.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACPHERSON, C. B. (Crawford Brough). **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **O poder de disposição nas relações familiares**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil – v. 2**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 519-545.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MICHEL, Andréé. **Modeles sociologiques de la famille dans lês sociétés contemporaines**. Archives de. Philosophie du Droit, 131, 1975.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Boston: Ticknor & Fields, 1863.

MORAES. Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional do dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades Familiares na Constituição: Criticas à Concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira, *et al.*(Coord.). **Diálogos Sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 297-315.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

_____. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil – v. 2**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. **Direito de família: direito matrimonial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990.

PASQUALINI, Alexandre. O Público e o Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O direito público em tempos de crise – estudos em homenagem a Ruy Rubem Russchel**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
PEREIRA, Tânia da Silva. O "melhor interesse da criança". In: _____. (Coord.) **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michele. O nó e o ninho. In: **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993, p.75-81.

_____. A família triunfante. In: PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**, v. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 93-103.

_____. Funções da família. In: PERROT, Michelle. (Org.). **História da vida privada, v. 4: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 105-119.

_____. Figuras e papéis. In: PERROT, Michelle. (Org.). **História da vida privada, v. 4: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 121-185.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro, RJ: GZ, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SOUZA, Laura de Mello e. In: NOVAIS, Fernando (Coord.) *et al.* **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa** – v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 440-445.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARELA, Antunes. **Direito de família**. Lisboa: Livraria Petrony, 1987.

VILLELA, João Batista. As novas relações de família. In: **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**. Foz do Iguaçu, Paraná, set. 1994, p. 639-647.